Haftung

aus ursprünglichem Unvermögen

bei

vertragsmäßigen Schuldverhältnissen.

Inaugural-Dissertation

zur

ACAD. LAUREAT. BIBL.

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristen-Fakultät der Universität zu Rostock

vorgelegt von

Bertram Steiner

Referendar in Cöln a. Rh.

Rostock.
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1903

Meinen Eltern

zu ihrer silbernen Hochzeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552723_0013

Gliederung:

A. Begriffe:
   I. Unmöglichkeit, und zwar
      1. Begriff,
      2. Totale und teilweise Unmöglichkeit,
      3. Ursprüngliche und nachträgliche Unmöglichkeit.
   II. Unvermögen.

B. Gültigkeit oder Nichtigkeit der Verträge, zu deren Erfüllung der Schuldner ursprünglich unvermögend ist?

C. Haftung aus den Verträgen sub B und Geltendmachung derselben, und zwar
   I. bei totalem Unvermögen
      1. für Verträge im allgemeinen:
         a) Haftung auf Erfüllung,
         b) Geltendmachung, und zwar
            α) durch Klage auf Erfüllung,
            β) durch Inverzugsetzen des Schuldners.
         c) Ersatzleistung?
      2. Besonderheiten bei gegenseitigen Verträgen,
   II. bei teilweisem Unvermögen, und zwar
      1. hinsichtlich der Zeit,
      2. hinsichtlich des Gegenstandes der Leistung.

Literatur.

1. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechtes. Dritte Aufl. 1900.
2. Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1902.
3. Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens, 1. u. 2. Aufl. 1899.
4. Endemann, Einführung in das Studium des BGB. 3. u. 4. Aufl. 1898.
5. Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. 2. Aufl. 1900.
6. Enneccerus u. Lehmann, Das bürgerliche Recht. Erster Band: Einleitung, Allgemeiner Teil, Schuldverhältnisse von Enneccerus. 2. Aufl. 1901.
7. Goldmann u. Lilienthal, Das BGB. 2. Aufl. 1901.
8. Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. 1899.
9. Kuhlenbeck, Das BGB. für das deutsche Reich. 2. Aufl. 1903.
10. Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. 3. Aufl. 1900.
11. Neumann, Handausgabe des BGB. für das deutsche Reich. 3. Aufl. 1903.

12. Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1899.

13. Planck, Erläuterungen zum BGB. 2. Aufl. 1898.

14. Rehbein, Das BGB. 1902.

15. Scherer, Das Recht der Schuldverhältnisse des BGB. für das deutsche Reich. 1899.

16. Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB. für das deutsche Reich. 1897.

17. Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1900.

18. Motive zu dem Entwurfe eines BGB. für das deutsche Reich. 2. Aufl. 1896.

19. Mugdan u. Falkmann, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. III. Band 1901.

20. Biermann, Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung im bürgerlichen Rechte im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 91. I. Heft S. 93 ff. 1900.

21. Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. für das deutsche Reich. 1900.

22. Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB. für das deutsche Reich. 1900.

23. Kleineidam, Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre des BGB. im 43. Bande von Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts S. 105 f. 1901

24. Krug, Das unverschuldete Unvermögen zu einer versprochenen Leistung. Breslauer Dissertation. 1901.

25. Petri, Die Gewährleistung für Mängel im Rechte beim Sachkaufe nach bürgerlichem Rechte. Straßburger Dissertation. 1899.

26 Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach dem deutschen bürgerlichen Rechte. 1900.

27. Treitel, Sind die Vorschriften des BGB. über Unmöglichkeit der Leistung und Verzug anwendbar auf Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen? Rostocker Dissertation 1902.

28. Ubbelohde, Die Befreiung des Schuldners bei Vereitelung der Leistung nach dem Entwurfe des BGB. in zweiter Lesung §§ 232 und 235 im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 85 S. 118 f. 1896.

Die einzelnen Werke werden in der Arbeit nur nach dem Namen der Verfasser, die beiden Schriften von Kuhlenbeck, s. Nr. 8 u. 9, als Kuhlenbeck I u. II, Schollmeyer, s. Nr. 16 u. 17, als Schollmeyer I u. II, Kleineidam, s. Nr. 22 u. 23, als Kleineidam I u. II zitiert.

Ein Zitat lediglich unter Anführung von Seite und Nummer verweist auf eine Stelle dieser Arbeit.

A. Begriffe.

Bevor ich an die Untersuchung der Frage nach der Haftung aus ursprünglichem Unvermögen bei vertragsmäßigen Schuldverhältnissen selbst herantrete, werde ich zunächst die hauptsächlich bei derselben zu verwendenden Begriffe zu entwickeln versuchen.

Das BGB. hat nämlich eine Reihe von Begriffen aufgestellt, ohne eine authentische Interpretation selbst zu geben, weil es teils die in der bisherigen Literatur gebräuchlichen Ausdrücke verwertet, teils es der Wissenschaft überläßt, den Inhalt der von ihm gewählten Bezeichnungen klar zu legen. Einer Legaldefinition entbehren auch die Begriffe Unmöglichkeit und Unvermögen.

Im folgenden werde ich an erster Stelle die Unmöglichkeit, später das Unvermögen behandeln.

I. Unmöglichkeit, und zwar

1. Begriff.

Unmöglichkeit der Leistung liegt dann vor, wenn die Leistung unter Berücksichtigung sämtlicher Momente des Leistungsinhaltes nicht d. h. von niemandem bewirkt werden kann.

Darüber, ob der Begriff, wie ihn das BGB. verwertet, mit dem nach Grundsätzen der Logik entwickelten

identisch ist oder nicht, herrscht in der Literatur Meinungsverschiedenheit. Es wird diese Frage eingehend von Titze und Kleineidam erörtert.

Titze S. 2 f. faßt den logischen Begriff der Unmöglichkeit ganz absolut, indem er die Definition, die Hartmann in seinem Werke: Die Obligation (Erlangen 1875 S. 172) gibt, zur seinen macht. Für Hartmann ist die Unmöglichkeit „nichts als negative Notwendigkeit; Notwendigkeit des Nicht-Geschehens". Titze führt diese scharf zugespitzte Formulierung weiter dahin aus:

„Rein logisch betrachtet ist das Unmögliche das Gegenteil des Notwendigen: d. h. im Sinne der Logik ist dasjenige und nur dasjenige unmöglich, von dem wir auf Grund der uns innewohnenden Kenntnisse und Erfahrungen aussagen müssen, es wird notwendig nicht geschehen; oder wie wir uns in solchen Fällen auszudrücken pflegen: es kann unter keinen Umständen geschehen."

Dies der logische Begriff, von welchem nach Titze der juristische als der weitere zu unterscheiden ist. — Gemäß BGB. § 242 hat der Schuldner seine Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Diese Regel wirkt nicht nur zu Lasten des Schuldners, sondern auch zu dessen Gunsten. Kann der Schuldner die geschuldete Leistung nur unter so großen Opfern verwirklichen, daß bei tatsächlicher Erfüllung die Gebote der Billigkeit verletzt würden, so ist er hierzu nicht verpflichtet. Juristisch betrachtet liegt auch hier Unmöglichkeit vor.

Das Resultat dieser Untersuchung Titzes ist die Definition:

„Eine Leistung ist im Rechtssinne unmöglich, wenn ihrer Bewirkung entweder unüberwindliche Hindernisse entgegenstehen, oder doch wenigstens Hindernisse, deren Überwindnng dem Schuldner billigerweise nicht zugemutet werden kann.“ [1]

Kleineidam I. S. 13 f. dagegen kennt nur eine logische Unmöglichkeit; er subsumiert daher unter sie auch die Fälle, die Titze als solche nur juristischer Unmöglichkeit bezeichnet.

Zwecks Feststellung des Vorliegens der Unmöglichkeit untersucht Kleineidam, ob das Schuldverhältnis im Einzelfalle unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Momente des Leistungsinhaltes zur Erfüllung kommen kann oder nicht. Solche Momente des Leistungsinhaltes sind nicht nur „Quantität, Qualität, Ort und Zeit“, sondern auch die „sei es gemäß erkennbarer Parteivereinbarung, sei es allgemeiner Verkehrsanschauung geforderte Kraftanstrengung. Man ist nur deshalb leicht geneigt, dieses Moment bei der Frage, ob eine Leistung erfüllt werden kann oder nicht, außer Acht zu lassen, weil es in dem durch die Erfüllung der Leistung schließlich herbeigeführten Erfolge . . . niemals in dauernde Erscheinung tritt.“ Man verwechsele das Leisten mit dem Ergebnisse desselben.

„Es heißt aber den Angelpunkt der ganzen Lehre außer Augen verlieren, wenn man nicht stets und allein

1) Titze S. 9.

das Schuldverhältnis selbst und das von ihm geforderte Leisten maßgebend sein läßt." [2]

„Das Leisten ist dann, auch rein logisch betrachtet, unmöglich, wenn zwei gleich wesentliche Momente seines Inhaltes — Kraftanstrengung und Ziel — in einem solchen Mißverhältnisse zu einander stehen, daß ihre gleichzeitige Verwirklichung ausgeschlossen ist. Entweder wird nur das obligationsmäßige Leisten gewährt; dann wird das Ziel nicht erreicht. Oder es wird das Ziel erreicht; dann aber genügt nicht das obligationsmäßige Leisten, sondern nur eine höhere Anstrengung, also ein aliud."[3]

Es ist also nach Kleineidams Ansicht auch der logische Begriff: Unmöglichkeit kein absoluter, sondern ein relativer.[4]

Praktisch kommen schließlich Titze und Kleineidam zu demselben Resultate, daß eine feste Grenze zwischen möglichen und unmöglichen Leistungen nicht zu ziehen, vielmehr es der Auslegung im Einzelfalle zu überlassen ist, sich für Möglichkeit oder Unmöglichkeit zu entscheiden, wobei dann der Charakter des Rechtsgeschäftes, ob es entgeltlich oder unentgeltlich, ob eine Spezies oder ein nur generell bestimmter Gegenstand [5] zu liefern ist, berücksichtigt werden muß.

2) S. Kleineidam I S. 14 f.

3) Kleineidam II, S. 112.

4) Crome Bd. II § 145 S. 33 f. unterscheidet daher „absolute Unmöglichkeit", die „in der Natur der Leistung selbst begründet" ist, von der „relativen Unmöglichkeit", wenn die Erfüllung im gegebenen Falle „mit Rücksicht auf Treu und Glauben und die Verkehrssitte vom Schuldner nicht verlangt werden kann". Ebenso Matthiaß Bd. 1 § 73 S. 330. Oertmann S. 34.

5) Solange die Gattung vorhanden ist, ist die Leistung möglich. Allein auch hier darf eine übermäßige Anstrengung nicht

Die Gründe, warum Kleineidam die Unterscheidung von logischer und juristischer Unmöglichkeit verwirft, sind in seiner zweiten Schrift, Kleineidam II S. 112 f., angegeben. Es ist ihm meiner Ansicht nach beizupflichten:

Es empfehle sich nämlich, wenn man ohne solche Scheidung auskommen könne, diese aufzugeben. Denn wenn man den Begriff Unmöglichkeit rein logisch fasse, sei man auch ohne weiteres berechtigt, die Folgerungen, welche die Logik aus dem Begriffe ziehen lasse, zu ziehen. Verlasse man aber bei der Begriffsfassung das Gebiet der Logik, so daß der im Gebiete der Jurisprudenz allein in Betracht kommende Begriff ein weiterer sei, so stehe man vor der Frage, ob man die Konsequenzen der Logik ohne weiteres auf ihn anwenden könne, ob man nicht hierzu einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung bedürfe.[6]

2. Totale und teilweise Unmöglichkeit.

Aus dem Begriffe Unmöglichkeit lassen sich ohne weiteres die Unterbegriffe der totalen und teilweisen

---

verlangt werden. Vor allem ist der Nachweis des Nichtvorhandenseins des Genus durch den, daß die Leistung trotz der erforderlichen Anstrengung nicht gemacht werden kann, zu ersetzen. Titze S. 14 f Planck Bd. II S. 52 Anm. 1 zu § 279 BGB. Bedenken hiergegen hegt Schollmeyer II S. 106 Anm. zu § 279 d. BGB. Vgl. auch Rehbein Bd. II S. 112 Anm. 98 zu § 275 d. BGB.

6) Die Einteilung der Unmöglichkeit in logische und juristische wie sie Titze macht, darf nicht mit der in eine auf natürlichen resp. faktischen Gründen und in eine auf rechtlichen Gründen beruhende Unmöglichkeit verwechselt werden. Aus faktischen Gründen unmöglich ist eine Leistung dann, wenn sie infolge der Naturgesetze, aus

Unmöglichkeit ableiten. Der Leistungsinhalt eines Schuldverhältnisses setzt sich aus seinen einzelnen Momenten, wesentlichen und unwesentlichen, zusammen. Über die Wesentlichkeit oder Unwesentlichkeit entscheidet in erster Linie die Parteivereinbarung, in zweiter das Gesetz. Total unmöglich ist eine Leistung dann, wenn ein wesentliches Moment des Leistungsinhaltes nicht erfüllt werden kann, teilweise unmöglich, wenn dies nur bezüglich eines unwesentlichen Momentes der Fall ist.

Im folgenden soll in Kürze auf die teilweise Unmöglichkeit hinsichtlich des zu leistenden Gegenstandes sowie hinsichtlich der Leistungszeit eingegangen werden.

Die erstere kann sich auf Quantität wie Qualität beziehen. Voraussetzung für eine teilweise Unmöglichkeit hinsichtlich der Quantität des zu leistenden Gegenstandes ist Teilbarkeit der Leistung. Diese ist dann „teilbar, wenn der vom Gläubiger mit ihr verfolgte Zweck durch teilweise Erfüllung teilweise und verhältnismäßig erreicht wird.“[7] Diese Tatfrage ist nur an der Hand des Einzelfalles zu entscheiden; doch sind in den eingangs zitierten Werken von Oertmann, Crome, Schollmeyer, Treitel allgemeine Gesichtspunkte für die Entscheidung je nach dem verschiedenen Inhalte der Leistung aufgestellt.

rechtlichen, wenn sie infolge der Gesetze im juristisch-technischen Sinne nicht bewirkt werden kann. Vgl. Rehbein Bd. II S. 111 f. Anm. 97 zu § 275 d. BGB. Schollmeyer II S. 95. Crome Bd. II § 145 S. 34. Matthiaß Bd. I § 73 S. 330.

7) Dernburg Bd. II, 1 § 47 S. 105 f.; vgl. ferner Crome Bd. II § 145 S. 37 f. Matthiaß Bd. I § 73 IV B S. 329 f. Schollmeyer II S. 417 f. Anm. 3 zu § 420 d. BGB., Oertmann S. 140. Treitel S. 31 f.

Sind mehrere Gegenstände zu leisten, so ist zunächst zu prüfen, ob eine einheitliche Leistungspflicht vorliegt oder nicht. In ersterem Falle muß, wenn einer der geschuldeten Gegenstände infolge Unmöglichkeit nicht geleistet werden kann, des weiteren untersucht werden, ob sich die Leistung der anderen Gegenstände als Teil der als Einzelleistung zu behandelnden zusammengesetzten Leistung[8] darstellt. — Geht der Wille der Parteien dagegen nicht auf eine einheitliche Leistungspflicht, so handelt es sich um mehrere, in einer Obligation zusammengefaßte Einzelschuldverhältnisse. Die Unmöglichkeit eines derselben berührt daher die anderen nicht.

Mit teilweiser Unmöglichkeit hinsichtlich der Qualität haben wir es zu tun, wenn die dem gelieferten Gegenstande gegenüber dem zu leistenden fehlende Eigenschaft als wesentliche weder vertragsmäßig bedungen ist, noch vom Gesetze gefordert wird, und der geschuldete Gegenstand in der genauen Qualität nicht geleistet werden kann.

Was die Leistungszeit angeht, so liegt totale Unmöglichkeit vor, wenn die Erfüllungszeit für die Obligation wesentlich ist, und die Erfüllung nicht rechtzeitig erfolgt; so z. B. bei den sog. Fixgeschäften.

In der Mehrzahl der Fälle hat das Schuldverhältnis nicht den Charakter der letzteren, und erfüllt daher die geschuldete Leistung den Zweck der Obligation auch noch nach Ablauf der Leistungszeit. Hier kann die nicht rechtzeitige Erfüllung teilweise Unmöglichkeit in Hinblick auf die Zeit begründen; die Unmöglichkeit der Leistung

8) Vgl. Crome Bd. II § 144 S. 36 f. Matthiaß Bd. I § 73 IV C. S. 330.

kann aber auch eine totale in Hinblick auf die Zeit sein. Es ist nämlich folgendes zu erwägen.

Die nicht rechtzeitige Erfüllung kann auf verschiedenen Gründen beruhen. Infolge der Eigentümlichkeit der Zeit, die einmal verstrichen nicht mehr wiederkehrt, entsteht Unmöglichkeit in Hinsicht auf die Zeit, sowohl wenn der Schuldner nicht erfüllen *will*, als auch wenn er nicht erfüllen *kann*.

Bezüglich des letzteren Falles muß unterschieden werden, ob das Erfüllungshindernis ein zeitweiliges oder ein dauerndes ist. Zur Annahme des letzteren ist nicht erforderlich, „daß eine Änderung der Sachlage unmöglich oder auch nur nicht voraussichtlich sei. Es genügt, daß der die Unmöglichkeit verursachende Umstand dem gewöhnlichen Laufe der Dinge nach auf eine für die Dauer des konkreten Schuldverhältnisses nicht angemessene Zeit die Erfüllung der Leistung verhindert".[9] Von teilweiser Unmöglichkeit hinsichtlich der Zeit kann mithin nur dann die Rede sein, wenn die Verhinderung eine zeitweilige ist; bei dauernder Verhinderung tritt totale Unmöglichkeit ein.

Ist dagegen das nicht rechtzeitige Erfüllen im Nichtwollen des Schuldners begründet, so ist die Unmöglichkeit hinsichtlich der Zeit nur eine teilweise. Verweigert der Schuldner die Leistung aber „für eine bezüglich des konkreten Schuldverhältnisses nicht angemessene Zeit", so wird aus der teilweisen eine vollständige Unmöglichkeit.[10]

9) Kleineidam I S. 26.

10) Vgl. Titze S. 31—52, Kisch S. 161—168, S. 18 f. Kleineidam I S. 24 f. Blanck Bd. II S. 47 Anm. 2 zu §§ 275—290. Treitel S. 29 f. Goldmann u. Lilienthal Bd. I, 2 S. 333 f.

3. Ursprüngliche und nachfolgende Unmöglichkeit.

Hinsichtlich der Wirkungen der Unmöglichkeit ist der Unterschied zwischen ursprünglicher Unmöglichkeit — auch anfängliche genannt — und nachfolgender — auch nachträgliche genannt — von einschneidender Wirkung.

Ursprüngliche Unmöglichkeit liegt dann vor, wenn die Umstände, welche die Leistung unmöglich machen, schon bei Entstehung des Schuldverhältnisses bestanden, nachfolgende, wenn sie erst später eintraten.[11]

Die ebengenannten Umstände sind Ereignisse, welche die Unmöglichkeit unmittelbar herbeiführen, nicht etwa die Ursachen, die die Veranlassung jener Ereignisse bilden.

„Denn das Nichterfüllenkönnen bedeutet im wesentlichen das Resultat einer aus den tatsächlichen Verhältnissen gezogenen Schlußfolgerung und berücksichtigt deshalb an sich lediglich den in solchen tatsächlichen Verhältnissen in Erscheinung tretenden Erfolg, nicht die zu Grunde liegende Ursache. Das Eintreten dieser letzteren ist an sich gleichgültig und kommt nur in Betracht, wenn sie auch tatsächlich so wirkt, daß schließlich ein Ereignis eintritt, welches die Erfüllung der in Frage kommenden Leistung ausschließt".[12]

11) Crome Bd. II § 145 S. 33 definiert: Ursprüngliche Unmöglichkeit ist dann vorhanden, „wenn im Augenblick, da es — das Schuldverhältnis, — begründet werden soll, gewiß ist, daß die Leistung dann nicht geschehen kann, wenn sie geschehen soll." Ebenso Bd. II § 166 S. 159. Daß diese Definition nicht dahin zu verstehen ist, daß die Unmöglichkeit auch den Parteien bewußt sein muß, ergibt sich aus den weiteren Ausführungen Cromes auf S. 33.

12) Kleineidam I S. 86 f.; ebenso Kisch S. 33 f.

Die Ausnahme, die Kleineidam I S. 86 hierzu schafft für die Fälle, daß der „tatsächliche Erfolg aus der bereits früher gesetzten Ursache notwendigerweise eintreten müsse", — dann soll nämlich die Ursache maßgebend sein kann ich nicht anerkennen. Auch Kisch kommt in den gedachten Fällen, während er im übrigen auf Kleineidam verweist, zu dem Resultate, daß nachträgliche Unmöglichkeit vorliege, wenn z. B. jemand „bei Eingehung eines Dienstvertrages eine für einen späteren Zeitpunkt wirksame Einberufung zum Militärdienste zugestellt" werde.[13]

Hinsichtlich des Zeitpunktes des Entstehens des Schuldverhältnisses d. h. des Augenblickes, von dem ab der Gläubiger von dem Schuldner eine Leistung zu fordern berechtigt ist, verweise ich auf die entsprechenden Bestimmungen des allgemeinen Teiles des BGB.

Nur auf die aufschiebend bedingten oder aufschiebend befristeten Rechtsgeschäfte möchte ich kurz eingehen. Hier ist die Entstehung des Schuldverhältnisses bis zum Eintritte der Bedingung oder bis zum Ablaufe der Frist hinausgeschoben; Abschluß und Entstehen des Schuldverhältnisses fallen also zeitlich auseinander. Es erhebt sich nun die Frage, ob dann, wenn Ereignisse, welche die Leistung unmöglich machen, während der Schwebezeit eintreten, ursprüngliche oder nachfolgende Unmöglichkeit vorliegt.

Der erste Entwurf des BGB. enthielt in Abs. 2 des § 238 — entsprechend BGB. § 281 — die Bestimmung, wonach auf die betreffenden Fälle die Bestimmungen für

13) Ebenso Schollmeyer II Anm. 2 c zu § 275 auf S. 98. Treitel S. 28.

die nachträgliche Unmöglichkeit Anwendung finden sollten. Der Absatz wurde jedoch von der zweiten Kommission als überflüssig gestrichen.

Dem BGB. fehlt also eine ausdrückliche Bestimmung. Sie ist aber in den §§ 160, 162, 308 implicite enthalten.

Die §§ 160, 162 zeigen, daß schon in der Schwebezeit eine Bindung und Haftung der Parteien ähnlich wie nach Entstehung eines Rechtsgeschäftes eintritt. Beide Teile sind verpflichtet, die Gebote von Treu und Glauben hinsichtlich der bedingten Leistung zu beobachten. Weiterhin macht sich der bedingt Verpflichtete für den Fall des Eintrittes der Bedingung schadensersatzpflichtig, wenn er das bedingte Recht während der Schwebezeit schuldhafterweise vereitelt oder beeinträchtigt.

Aus der Vorschrift des § 308 endlich, in welchem Falle der ursprünglichen Unmöglichkeit behandelt werden, ist zu ersehen, daß die Ereignisse, welche die geschuldete Leistung möglich machen, nicht als solche betrachtet werden, die vor Entstehen des Schuldverhälnisses eintreten; denn im andern Falle würde hier Unmöglichkeit überhaupt nicht vorliegen. Umgekehrt sind also die Ereignisse, die während der Schwebezeit die mögliche Leistung unmöglich machen, als nachträgliche anzusehen. Der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ist maßgebend.[14]

14) Übereinstimmender Ansicht: Motive Bd. II S. 47; Kleineidam I S. 89; Kisch S. 228 f.; Enneccerus § 191 S. 466 f.; Goldmann u. Lilienthal Bd. I § 85 Anm. 15 auf S. 334. Andrer Meinung: Rehbein Bd. II S. 109 Anm. 96 zu BGB. § 275; Schollmeyer II S. 98 Anm. 2b zu BGB. § 275. Der letztere sagt a. a. O.: „Ist eine Suspensivbedingung . . . beigefügt, und wird die Leistung nachher, aber vor Eintritt der Bedingung . . .

Bei der Untersuchung, ob im gegebenen Falle ursprüngliche oder nachträgliche Unmöglichkeit zur Leistung vorliegt, sind sämtliche Momente des Leistungsinhaltes, vor allem die Erfüllungszeit mit in Betracht zu ziehen. Zwei Zeitpunkte sind dementsprechend zu unterscheiden: der des Entstehens des Schuldverhältnisses und derjenige der Fälligkeit desselben. Ersterer hat mit dem Leistungsinhalte nichts zu tun und gibt nur den Standpunkt zur Beurteilung, ob die bei Entstehung des Schuldverhältnisses vorliegenden Umstände die Leistung an letzterem, dem Zeitpunkte der Fälligkeit, unmöglich machen. Absichtlich spreche ich von dem Standpunkte, den der Beurteiler einnehmen muß; die Beurteilung selbst kann natürlich später und wird wohl meist erst bei oder nach Fälligkeit der Leistung erfolgen.

Dieselbe Ansicht wie die hier vorgetragene vertritt Kleineidam I S. 29 f.

Abweichende Meinung über die Begriffe der ursprünglichen und nachfolgenden Unmöglichkeit in ihrer Anwendung im BGB. hegt dagegen Titze. Er führt nämlich S. 53 f. aus:

„Von anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung läßt sich . . . . in dem Sinne sprechen, daß man dabei den Moment der Fälligkeit der Leistung ganz aus dem Auge läßt und ausschließlich auf den Zeitpunkt der Ent-

unmöglich, so liegt ursprüngliche Unmöglichkeit vor". Dem widerspricht übrigens die Anm. 2 zu § 308 auf S. 159 a. a. O.; dort heißt es: „War also nur in irgend einem Moment seit Abschluß des Vertrages bis zum Eintritte der Bedingung . . . die Leistung tatsächlich bezw. juristisch möglich, und liegt bei Eintritt der Bedingung . . . wieder Unmöglichkeit vor, so handelt es sich jetzt nicht um ursprüngliche, sondern um nachfolgende Unmöglichkeit . . ."

stehung des Schuldverhältnisses blickt und dementsprechend die Leistung eine anfänglich unmögliche dann nennt, wenn sie im Augenblicke des Vertragsschlusses nicht bewirkt werden kann, gleichgültig ob sie in diesem Zeitpunkte bewirkt werden soll, und ob sie, wenn dies nicht der Fall ist, weiterhin unmöglich bleibt oder nicht, vielmehr noch rechtzeitig möglich wird . . . Nach dem Sprachgebrauche des BGB. ist also ein Vertrag auf eine „unmögliche Leistung" schon dann „gerichtet," wenn er in dem Momente, in dem er abgeschlossen wird, nicht erfüllt werden kann, einerlei ob er in diesem Zeitpunkte zu erfüllen ist oder nicht."

In einer an die Begriffsbestimmung sich anschließende Kritik des gewonnenen Ergebnisses erklärt Titze S. 58, daß die Unterscheidung von ursprünglicher und nachfolgender Unmöglichkeit de lege ferenda zu verwerfen sei. Er führt an der angegebenen Stelle u. a. aus:

„Überhaupt hat das Urteil: eine Leistung ist unmöglich, einen Wert nur dann, wenn der Schuldner zur Bewirkung der Leistung verpflichtet ist. Darum hat auch das Urteil: eine Leistung ist in einem bestimmten Zeitpunkte unmöglich nur dann einen Wert, wenn die Leistung in diesem Zeitpunkte zu bewirken ist. Da nun aber im Momente der Entstehung des Schuldverhältnisses die Leistung in der Regel nicht prästiert zu werden braucht, so kann der Begriff der anfänglichen Unmöglichkeit, insofern er nichts weiter besagt, als daß der Schuldner in diesem Zeitpunkte zu leisten außerstande ist, für die Beantwortung der Frage, welchen Einfluß hat die Unmöglichkeit der Leistung auf die schuldnerische Verbindlichkeit? nutzbringend offenbar nicht sein."

Dieser Kritik brauche ich wohl nichts hinzuzufügen.

Andrerseits ist nunmehr zu prüfen, ob BGB. § 308 — denn aus diesem leitet Titze für das BGB. den Begriff der ursprünglichen Unmöglichkeit ab — wirklich den von Titze aufgestellten Begriff enthält.

Der auf eine unmögliche Leistung gerichtete Vertrag ist nichtig. BGB. § 306. Eine Ausnahme bilden die beiden Fälle des § 308, in denen „die Unmöglichkeit gehoben werden kann." Titze schließt nun hieraus, daß, da einerseits die Leistungen hier möglich werden müssen, andrerseits aber das BGB. die betreffenden Verträge als auf eine unmögliche Leistung gerichtet, also ursprüngliche Unmöglichkeit als vorliegend erklärt, das Gesetzbuch unter der ursprünglichen Unmöglichkeit ganz absolut das Nichtleistenkönnen zur Zeit des Vertragsschlusses verstehe.

Ich halte diesen Schluß nicht für richtig, sondern pflichte Kleineidam I bei, der auf S. 32 f. ausführt:

„Es kann gar wohl der Fall eintreten, daß eine Leistung mit einem bestimmten Erfüllungstermine unmöglich wäre, falls sie bereits im Augenblicke des Vertragsschlusses erfüllt werden sollte. Dennoch kann eine vom Standpunkte der Abschlußzeit ausgehende Beurteilung der zur Erfüllungszeit maßgebenden Verhältnisse zu dem Resultate kommen, daß die Leistung sich zu ihrer Erfüllungszeit verwirklichen lassen wird, also im Sinne des Vertrages möglich ist. Es ist dies eine ganz andere Sachlage als diejenige, welche § 308 BGB. mit seinen Worten, „wenn die Unmöglichkeit behoben werden kann" voraussetzt. Denn in diesen Worten liegt, daß für eine vom Zeitpunkte des Vertragsschlusses ausgehende Beurteilung eine Unmöglichkeit der vertragsmäßigen

Leistung sich ergeben muß, während es nur klar ist, daß eine Veränderung der maßgebenden Verhältnisse nicht ausgeschlossen ist, und ein Möglichwerden der Leistung deshalb eintreten kann."[15]

II. Unvermögen.

Eine Leistung kann bewirkt werden, oder sie kann nicht bewirkt werden; ein Drittes ist undenkbar. Da aber die obligatorischen Rechte nicht gegen jedermann wirken, sondern der Gläubiger einen Anspruch nur gegen den Schuldner hat, so kann der Konflikt entstehen, daß die Leistung an und für sich zwar möglich, der Schuldner aber, sie zu gewähren, außerstande ist. Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden.

Die persönliche Leistung durch den Schuldner ist wesentlich für die Erfüllung des Schuldverhältnisses; sie ist Moment des Leistungsinhaltes. Leistung durch einen anderen ist nicht die geschuldete Leistung, nicht mit ihr identisch. Kann der so verpflichtete Schuldner nicht erfüllen, so liegt Unmöglichkeit vor.

Sehr häufig ist aber die Person des Schuldners für den Gläubiger gleichgültig. Ihm kommt es nur auf die Leistung selbst an. Es kann also jeder Dritte die geschuldete Leistung bewirken. Das Gesetzbuch geht konsequent noch weiter. Es legt dem Gläubiger, falls der Schuldner nicht in Person zu leisten hat, die Pflicht auf, die Leistung anzunehmen, die durch einen Dritten erfolgt. Hierbei ist, wofern nur der Dritte für den Schuldner erfüllen will, nicht einmal nötig, daß der Dritte im Auf-

15) Die Konsequenzen seiner Theorie zieht übrigens Titze nicht; vgl. Titze S. 211 f.

trage des Schuldners leistet; im Gegenteil der Dritte kann aus freien Stücken dem Gläubiger die Erfüllung anbieten, zu deren Annahme der Gläubiger verpflichtet ist, ohne daß der Schuldner auch nur davon weiß. Nur dann ist dem Gläubiger das Recht gegeben, die Leistung abzulehnen, wenn der Schuldner gegen die Erfüllung durch den Dritten Widerspruch erhebt. BGB. § 267.

Kann bei einem der letztgeschilderten Schuldverhältnisse der Schuldner nicht leisten, ohne daß die Leistung unmöglich ist, so bezeichnet man diese Unterart des Nichterfüllenkönnens im Gegensatze zur Unmöglichkeit der Leistung mit: Unvermögen des Schuldners zur Leistung. Letzteres liegt demnach vor, wenn die Leistung zwar nicht von dem Schuldner, wohl aber von einem Dritten bewirkt werden kann.[16]

Unmöglichkeit und Unvermögen werden bereits in den Pandekten l. 137 §§ 4 und 5 D. de verb. oblig. 45, 1 als impedimenta naturalia und difficultates unterschieden. Die gemeinrechtliche Literatur des neunzehnten Jahrhunderts brachte beide Begriffe unter den gemeinschaftlichen Oberbegriff Unmöglichkeit und bezeichnete sie mit objektiver und subjektiver Unmöglichkeit. Der Ausdruck Unvermögen des Schuldners zur Leistung wurde zuerst von Brinz in seinem Pandektenwerke geprägt und in Gegensatz zur Unmöglichkeit gestellt. Das bürgerliche Gesetzbuch hat die Terminologie von Brinz übernommen.

16) Das Nichtkönnen ist wie bei der Unmöglichkeit nicht absolut, sondern relativ zu fassen; eine übermäßig schwierige Leistung kann nicht verlangt werden.

Ob nun eine Leistung unmöglich ist, oder ob nur Unvermögen des Schuldners zur Leistung vorhanden ist, läßt sich in der Regel nur für jeden einzelnen Fall besonders bestimmen. Doch kann man, von dem verschiedenen Leistungsinhalte der Schuldverhältnisse ausgehend, immerhin allgemeine Gesichtspunkte für die Entscheidung gewinnen.[17] Es ist zu unterscheiden:

1. Gegenstand des Schuldverhältnisses ist eine Sachleistung, und zwar ist

a) die Sache individuell bestimmt.

Das Nichtbestehen der Sache, sowie bedungener oder durch das Gesetz bestimmter Eigenschaften begründet Unmöglichkeit der Leistung.

Unvermögen des Schuldners kann auf dem Nichtvorhandensein der tatsächlichen oder rechtlichen Beziehungen zu der zu leistenden Sache beruhen. Hinsichtlich des Fehlens der rechtlichen Beziehungen kann man zwei Fälle unterscheiden. Entweder fehlt dem Schuldner das Verfügungsrecht über die geschuldete Sache, oder es steht ihm zwar zu, er ist aber durch bereits bestehende Rechte Dritter an der Verfügung über die Sache verhindert. Beispiel für den ersteren Fall ist der Verkauf einer fremden Sache; für den letzteren: Der Vermieter vermietet die bereits vermietete Sache nochmal für dieselbe Zeit.

Hinsichtlich des Verkaufes einer im Eigentum des Käufers stehenden Sache vgl. Titze § 4, 1 S. 61 und

---

17) Hinsichtlich der folgenden Ausführungen vgl. namentlich Titze S. 60 f.; auch Schollmeyer II S. 95 f.; Rehbein Bd. II Anm. 7,8 zu § 306 BGB. auf S. 155 f.

Rehbein Bd. II S. 155 Anm. 7 zu BGB. § 306, welche beide Unmöglichkeit als vorliegend erachten.

b) Bei den res extra commercium sind zu unterscheiden die res omnium communes und die res publico usui destinatae. An ersteren können Eigentum oder andere Rechte nicht begründet werden; dementsprechend sind Verträge über sie auf eine unmögliche Leistung gerichtet.

Die übrigen res extra commercium sind Sachen, die in Rücksicht auf öffentliche Zwecke, welchen sie dienen, dem Verkehre soweit entzogen sind, als es zur Erreichung des Zweckes erforderlich ist. Beeinträchtigt die Erfüllung eines über eine derartige Sache geschlossenen Vertrages den Zweck nicht, dessentwegen sie dem Verkehr entzogen ist, so ist der Vertrag auf eine mögliche Leistung gerichtet. Kann der Schuldner nicht erfüllen, so liegt Unvermögen vor.

Sonst aber haben wir es nach Kleineidam[18] in jedem Falle mit Unmöglichkeit zu tun, während die Motive Bd. II S. 177 für Ausnahmefälle Unvermögen des Schuldners zur Leistung annehmen.

c) Ist die zu leistende Sache nur generell bestimmt, und ist die Gattung untergegangen, oder ist die Erlangung von einzelnen Sachen aus derselben so schwierig geworden, daß nach Treu und Glauben die Leistung nicht verlangt werden kann, so liegt Unmöglichkeit vor; Unvermögen, wenn der Schuldner, obwohl keine Unmöglichkeit vorhanden ist, nicht erfüllen kann. Vgl. zahlreiche Beispiele bei Titze S. 66 f.

18) Eingehende Erörterung bei Kleineidam I S. 22 .

Eine Unterart der Leistungen, deren Gegenstand generell bestimmt ist, sind die Geldschulden.[19] Ihnen sind die Verbindlichkeiten gleichzustellen, deren Erfüllung der Schuldner durch Aufwendung von Geldmitteln ermöglichen soll."[20] Nichtleistenkönnen hervorgerufen durch Mangel an Geld begründet — wenigstens nach deutschen Verhältnissen — stets Unvermögen zur Leistung. Denn das Genus Geld, das gesetzliche Zahlungsmittel, existiert immer und ist auch wohl nie übermäßig schwer zu erlangen.

Nach Ansicht Dernburgs[21] wird allerdings Mangel an Zahlungsmitteln vom Rechte überhaupt nicht berücksichtigt. Er führt nämlich an der angegebenen Stelle aus:

„Mangel des Verpflichteten an Zahlungsmitteln wird vom Rechte nicht als subjektive Unmöglichkeit behandelt", und beruft sich hierbei auf die Motive Bd. II. S. 45. Diese besagen indessen das Gegenteil:

„(Subjektives Unvermögen liegt dann vor), wenn das Vermögen des Schuldners nicht hinreicht, die Erfüllung zu bewirken, mag diese in der Leistnng von Geld oder anderen Sachen . . . bestehen."[22]

---

19) Über den Begriff der Geldschuld vgl. Matthiaß Bd. I § 75 I S. 338 f. In Frage kommen hier nur die sogenannten „eigentlichen Geldschulden".

20) Planck Bd. II S. 52 Anm. 2 u BGB. § 279.

21) Dernburg Bd. II, 1 § 60 S. 129.

22) Gleiche Meinungen die hier vorgetragene vertreten Kleineidam I S. 17 f. u. S. 48; Oertmann S. 35 Anm. zu § 275 BGB.; Crome Bd. § 145 S. 35 u. § 158 S. 123. Auf dem entgegengesetzten Standpunkte stehen Rehbein Bd. II S. 113. Anm. 98 zu BGB. § 275; Schollmeyer II S. 96; Goldmann u. Lilienthal Bd. I § 85 Anm. 18 S. 334 f.

2. Gegenstand des Schuldverhältnisses ist die Leistung eines Rechtes.

Unmöglichkeit liegt dann vor, wenn den gesetzlichen Vorschriften gemäß ein solches Recht, wie es Gegenstand der Obligation ist, nicht bestehen kann, oder eine derartige Verfügung über das Recht vom Gesetze nicht gestattet wird.

Unvermögen wird begründet, wenn die Leistung an sich möglich ist, aber dem Schuldner die tatsächlichen oder rechtlichen Beziehungen zu dem zu leistenden Rechte fehlen. Es wird auf die entsprechenden Ausführungen betr. das Unvermögen zu Sachleistungen verwiesen.

Sehr bestritten ist die Frage, ob ein Vertrag über ein tatsächlich nicht bestehendes Recht, namentlich auch, ob die Abtretung einer nicht bestehenden Forderung Unmöglichkeit oder nur Unvermögen des Schuldners begründet.

Während die Motive Bd. II S. 177 und Rehbein Bd. II Anm. 8 zu § 306 S. 156 f. — letzterer unter Verweisung auf BGB. § 437 — sich für das Vorliegen von Unvermögen entscheiden, stehen Stammler S. 107 f. und Schollmeyer II Anm. 4c zu BGB. § 306 S. 153 auf dem Standpunkte, daß hier stets Unmöglichkeit in Frage komme. Titze sucht zu vermitteln, indem er Unvermögen dann annimmt, wenn zwar die abzutretende Forderung selbst nicht, wohl aber der Gegenstand, auf den sie gerichtet ist, existiert, also immer, wenn es sich um die Zession von nicht vorhandenen Geldforderungen handelt. [23]

23) Titze S. 65; die übrigen dort aufgezählten Fälle interessieren hier nicht, da bei ihnen das fragliche Recht besteht.

Meiner Ansicht nach sind die individuell bestimmten Rechte und die generell bestimmten besonders zu behandeln. Ist ein individuell bestimmtes Recht zu leisten, besteht dasselbe aber nicht, so liegt Unmöglichkeit der Leistung vor. Verpflichtet sich z. B. A, dem B die ihm gegenüber dem C zustehende Kaufpreisforderung abzutreten, so ist es, falls der betreffende Kauf nichtig ist, dem A unmöglich, grade diese bestimmte Forderung gegenüber dem C dem B zu übertragen. Es verschlägt hierbei nichts, daß die „nicht existierende Forderung durch den Willen des Schuldners, des Belasteten, immer entstehen“[24] kann; denn die etwa durch den Willen des Käufers C entstehende, neue Forderung ist mit der versprochenen Leistung nicht identisch.

Anders bei einer Genusschuld. Besteht bei einer solchen das vom Schuldner geleistete Recht nicht, so liegt Unvermögen vor, falls der Schuldner außerstande ist, ein anderes Recht aus derselben Gattung zu leisten. Wäre in dem vorgenannten Beispiele, von A lediglich eine Geldforderung an den B zu übertragen, und wäre die zedierte Forderung nichtig, dann könnte allerdings, selbst wenn keine Geldforderung gegenüber dem C vorhanden wäre, eine solche durch den Willen des C entstehen. Die so zur Existenz gelangte Forderung wäre zur Erfüllung der Verbindlichkeit des A geeignet.

3. Das Schuldverhältnis geht auf ein Tun.

Soll der Schuldner persönlich leisten,[25] so bewirkt das Nichterfüllenkönnen Unmöglichkeit der Leistung. Soll

24) Rehbein Bd. II S. 156 Anm. 8 zu BGB. § 306

25) Biem Dienstvertrage spricht hierfür eine gesetzliche Vermutung BGB. § 613.

dagegen der Schuldner nur dafür sorgen, daß die betreffenden Handlungen erfolgen, ist es also dem Gläubiger gleichgültig, ob der Schuldner oder ein anderer tätig wird, so kann nur Unvermögen in Frage kommen.

Hat der Dienstverpflichtete seine Dienste nur der Person des Berechtigten zu widmen, so tritt mit dem Tode des letzteren Unmöglichkeit der Leistung ein. Will dagegen der Gläubiger die Dienste nicht verrichten lassen, ist also sein Nichtwollen das Erfüllungshindernis, so liegt weder Unmöglichkeit, noch Unvermögen des Schuldners, sondern Gläubigerverzug vor.[26]

Ist der Schuldner zu einer Tätigkeit an oder mit einem bestimmten Gegenstande verpflichtet, so ist zu unterscheiden, ob der betreffende Gegenstand speziell oder generell bestimmt ist. Fehlt dem Schuldner die rechtliche oder tatsächliche Verfügungsmacht über den Gegenstand, so ist in ersterem Falle die Leistung unmöglich, im letzteren Falle liegt Unvermögen des Schuldners vor.

4. Das Schuldverhältnis geht auf ein Unterlassen.

Hier ist die Person des Schuldners immer Moment des Leistungsinhaltes; denn gerade der Schuldner soll ja nicht tätig werden. „Das Nichttun läßt sich infolge seiner negativen Natur nicht von der Person des Schuldners loslösen . . . Bei einer Verletzung der Unterlassungspflicht durch den Schuldner aber läßt sich der Obligationszweck dadurch, daß ein Dritter die in der Obligation erwähnte Handlung unterläßt, nicht erreichen. Es liegt ja auch auf der Hand, daß irgend ein solcher Dritter stets vorhanden wäre; eine Nichterfüllung einer auf eine Unter-

26) Vgl. Titze S. 21 f.

lassung gerichteten Pflicht wäre also bei entgegengesetzter Annahme überhaupt undenkbar." [27]

Unvermögen des Schuldners zur Leistung eines Schuldverhältnisses, der auf ein Unterlassen geht, ist demnach von vornherein begrifflich ausgeschlossen.

Eine weitere Frage ist die, ob man von einer Unmöglichkeit der Unterlassung sprechen kann. Diese Frage ist zu bejahen. Dieser Ansicht sind z. B. auch Schollmeyer II S. 96 und Treitel S. 34 f.

Schollmeyer führt am angegebenen Orte aus, daß Voraussetzung für die Unmöglichkeit von Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen, das Vorliegen von Zwangsumständen in der Person des Schuldners sei, die ihn zur Vornahme der Handlung nötigten.

Eine eingehende Erörterung der Frage findet sich bei Treitel. Letzterer definiert: „Unmöglichkeit der Unterlassung ist wörtlich genommen Notwendigkeit der Zuwiderhandlung." Da aber der Mensch nicht zum Handeln gezwungen werden könne, mithin keine Handlung im absoluten Sinne notwendig sei, so gäbe es — fährt Treitel weiter fort — auch keine Unmöglichkeit der Unterlassung.

Relativ notwendig seien aber solche Handlungen, die zur Erreichung eines bestimmten Zweckes erforderlich seien, durch deren Unterlassung der Verpflichtete entweder höherstehende Rechtspflichten verletzen oder solchen privatrechtlichen Schaden erleiden würde, den zu tragen ihm nicht zugemutet werden könne.[28] Hier

27) Kleineidam I S. 12.
28) Beispiele Treitel S. 36 u. 37.

könne man von einer Unmöglichkeit der Unterlassung reden.

Des weiteren aber auch in solchen Fällen, in denen eine Zuwiderhandlung gar nicht erfolge, mithin auch nicht die Notwendigkeit der Zuwiderhandlung in Betracht gezogen werden könne, sondern die Erfüllung deshalb unmöglich werde, weil das Ereignis, bei dem der Verpflichtete ein gewisses Handeln unterlassen soll, nicht eintritt.

Ich halte die Begriffsfassung, welche die beiden erwähnten Schriftsteller geben, für zu eng begrenzt. Meiner Ansicht nach haben wir es mit der Unmöglichkeit der Unterlassung nicht bloß dann zu tun, wenn der Schuldner die verbotene Handlung nicht unterlassen *kann*, sondern auch wenn er sie nicht unterlassen *will* und infolgedessen auch wirklich dem Schuldverhältnisse zuwider handelt. Denn durch das Tätigwerden des Schuldners wird ein Zustand geschaffen, der die Erfüllung des Schuldverhältnisses unmöglich macht. Der Grund, warum der Verpflichtete die betreffende Handlung vornimmt, ob aus Zwang oder freiwillig, ist nicht von Bedeutung.

Über die logische Berechtigung der Unterscheidung von Unmöglichkeit und Unvermögen herrscht Meinungsverschiedenheit zwischen *Titze* und *Biermann* einerseits und *Kleineidam* und *Kisch* — der letztere verweist auf S. 10 seines eingangs zitierten Werkes auf die Ausführungen in *Kleineidam* I S. 11 f. — andrerseits.

Titze, der von objektiver und subjektiver Unmöglichkeit spricht und beide als Unterarten des gemein-

samen Begriffes Unmöglichkeit auffaßt, begründet seinen Standpunkt folgendermaßen:

„Die Obligation schließt nur ein Rechtsband um Schuldner und Gläubiger; Leistung kann letzterer nur von ersterem verlangen. Ob neben dem Schuldner noch jemand zur Leistung fähig ist, kann nicht von Wichtigkeit sein. Überhaupt leidet der Begriff der subjektiven Unmöglichkeit an einem inneren Widerspruche. Leistet nämlich der Schuldner am Fälligkeitstage infolge subjektiver Unmöglichkeit nicht, so ist dadurch die Erfüllung noch nicht ausgeschlossen, da der Schuldner z. B. nachträglich das ihm zur Bewirkung der Leistung fehlende Recht erwerben kann. Es begründet somit das Unvermögen des Schuldners zur Leistung im Momente der Fälligkeit in der Regel nur eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung, teilweise nämlich in Ansehung der Zeit. Ist aber der Zeitraum, innerhalb dessen die Verbindlichkeit vertragsgemäß zu erfüllen war, verstrichen, ohne daß der Schuldner in die Lage gekommen ist, die Leistung bewirken zu können, so ist die letztere nunmehr total unmöglich geworden, aber nicht nur für den Schuldner, sondern für jedermann, indem der Inhalt des Schuldverhältnisses von jetzt an überhaupt keine nachträgliche Leistung zuläßt.“ [29]

Biermann betrachtet ebenfalls objektive und subjektive Unmöglichkeit als Unterarten des Begriffes der Unmöglichkeit; er sagt nämlich:

„Eine Leistung ist möglich, wenn sie vermocht wird, unmöglich, wenn sie nicht vermocht wird; und zwar ist derjenige, dessen Vermögen allein in Betracht kommt,

29) Titze S 70 f.

der Schuldner. Denn nur dieser ist durch das Schuldverhältnis dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, die Leistung vorzunehmen. Er ist es, welcher leistet. Nur sein Vermögen oder Nichtvermögen kann auf das Schuldverhältnis von Einfluß sein. Demnach sind Leistungen unmöglich, wenn sie der Schuldner nicht vorzunehmen vermag." [30]

Kleineidam II S. 123 f. stellt unter Hinweis auf Kleineidam I S. 4 f. die Unmöglichkeit in scharfen Gegensatz zu dem Unvermögen des Schuldners; er führt u. a. aus:

„Im allgemeinen ist also die Person des Erfüllenden für die Vornahme der Leistung belanglos, und deshalb auch ein Mangel am Können, der nur in der Person des zunächst für die Bewirkung der Leistung in Betracht Kommenden, des Schuldners, liegt, für die Frage der Bewirkbarkeit der Leistung ohne Bedeutung. Denn was der Schuldner wegen solcher Hindernisse nicht selbst zu leisten vermag, das kann er durch Personen bewirken lassen, denen dies Hindernis nicht im Wege steht; ja das können diese Personen ohne sein Wissen und Willen bewirken. Die Obligationsmäßigkeit der Leistung und ihre Identität wird dadurch nicht berührt; die Person des Erfüllenden ist eben in der Regel kein Moment des Leistungsinhaltes. Es fehlt deshalb im Falle bloßen schuldnerischen Unvermögens die Notwendigkeit des Nichtgeschehens der Leistung . . ."

Die Gesamtheit aller Schuldverhältnisse kann man von den verschiedensten Gesichtspunkten aus in besondere Klassen einteilen. Teilt man nun die Schuldverhältnisse

30) Biermann S. 75.

in solche, zu deren Erfüllung der Schuldner imstande ist, und in solche, zu deren Erfüllung derselbe außerstande ist, so gehören zur letzteren Klasse sowohl die Obligationen, zu deren Erfüllung der Schuldner unvermögend ist, wie die, deren Erfüllung unmöglich ist. Geht man aber bei der Einteilung von dem Gesichtspunkte der Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Leistung aus, so fallen die Leistungen, zu deren Erfüllung der Schuldner unvermögend ist, offenbar unter die möglichen Leistungen. Unvermögen und Unmöglichkeit sind demnach Unterarten des Nichterfüllenkönnens des Schuldners, nicht aber der Unmöglichkeit der Leistung überhaupt.

Biermann S. 85 f. glaubt allerdings, daß es auch Fälle der subjektiven Unmöglichkeit gebe, bei denen die Leistung, zu deren Erfüllung der Schuldner infolge persönlicher Verhältnisse außerstande ist, für jedermann unmöglich sei, ohne daß deshalb objektive Unmöglichkeit vorliege, „daß also das einseitige Betonen des Unmöglichseins für jedermann das Wesen der objektiven Unmöglichkeit nicht treffe."

Biermann sucht dies durch folgendes Beispiel zu erläutern:

Auf einer Reise verkauft A an B ein Gemälde von Dürer, das sich in seiner Wohnung befindet. Bei seiner Rückkehr erfährt A, daß das Bild bereits vor Abschluß des Vertrages gestohlen worden ist. Der Dieb ist entkommen, und weder dieser, noch das Gemälde trotz der größten Anstrengungen zu entdecken.

Ich gehe auf die irrtümliche Behandlung des Falles durch Biermann S. 85 f. nicht ein. Unvermögen

liegt allerdings vor. Denn der Verkäufer hat nach BGB. § 433 die Pflicht dem Käufer die gekaufte Sache zu übergeben und ihm Eigentum daran zu verschaffen. Zu letzterem ist A imstande gemäß BGB. § 931 durch Abtretung des Herausgabeanspruches. Der Dritte, der das Bild besitzt, ist eben der Dieb resp. dessen Rechtsnachfolger; denn auch von diesem kann der Eigentümer das Bild vindizieren BGB. § 935. A kann also nur Bild selbst nicht übergeben; denn, da A nicht in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt über das Bild auszuüben, so genügt die Einigung des A mit dem B zum Besitzübergange nicht BGB. § 854 Abs. 2. Daß aber der Dieb oder dessen Rechtsnachfolger zur Besitzübertragung imstande ist, brauche ich wohl kaum hinzuzufügen.

Das von Biermann gegebene Beispiel ist also verfehlt; ebenso auch der Gedanke, den es erläutern soll. Denn wenn gemäß der Definition Biermann's von dem Unvermögen — s. S. 82 bei Biermann — „die Leistung an sich wohl menschenmöglich ist", so hat dies doch wohl zur Voraussetzung, daß irgend ein Mensch sie bewirken kann; damit ist aber unvereinbar, daß niemand zur Leistung imstande ist. Unmöglichkeit und Unvermögen schließen sich aus.

Ich möchte noch in Kürze auf die Konsequenz, die Titze aus seinen Ausführungen zieht, zurückkommen Er sagt:

„Entweder hat also das Urteil, eine Leistung ist subjektiv unmöglich, wirkliche Berechtigung, dann sagt es uns weiter nichts, als daß eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung vorliegt; oder es steht fest, daß eine Leistung total unmöglich geworden ist, dann kann nicht

mehr von subjektiver, sondern nur noch von objektiver Unmöglichkeit gesprochen werden."

Es tritt offenbar in drei Fällen ein Nichterfüllen der Obligation ein, nämlich wenn die Erfüllung unmöglich ist, oder wenn sie zwar möglich ist, aber der Schuldner entweder infolge Unvermögens nicht erfüllen kann, oder der Schuldner nicht erfüllen will. Ist die Erfüllungszeit nun einmal verstrichen, so liegt in allen diesen drei Fällen Unmöglichkeit hinsichtlich der Zeit vor, die allerdings jedesmal auf einem anderen Grunde beruht.[31] Die Unmöglichkeit hinsichtlich der Zeit ist also nur eine Folgeerscheinung z. B. eben des Unvermögens des Schuldners. —

Wie bei der Unmöglichkeit, so ist auch bei dem Unvermögen zwischen totalem und teilweisem, zwischen ursprünglichem und nachfolgendem Unvermögen zu unterscheiden. Die für die totale und teilweise, für die ursprüngliche und nachfolgende Unmöglichkeit gewonnenen Ergebnisse sind auf das Unvermögen in Anwendung zu bringen.

Im folgenden habe ich meinem Thema entsprechend nur das ursprüngliche Unvermögen, und zwar bei vertragsmäßigen Schuldverhältnissen in den Kreis meiner Untersuchungen zu ziehen.

B. Gültigkeit oder Nichtigkeit der Verträge, zu deren Erfüllung der Schuldner ursprünglich unvermögend ist?

Grundlegend für die Frage der Haftung aus ursprünglichem Unvermögen bei vertragsmäßigen

31) Vgl. S. 16.

Schuldverhältnissen ist die nach der Gültigkeit der Verträge selbst.

Eine ausdrückliche Regelung der Frage hat das BGB. nicht getroffen. Es ist daher notwendig, entweder durch Gesetzesinterpretation, oder durch Analogie aus den vorhandenen Bestimmungen, und zwar kommen in Betracht die §§ 306, 275 Abs. 2 sowie die §§ 2169, 2171 ein Resultat zu gewinnen.

BGB. § 306 enthält die Bestimmung, daß ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig ist. Es handelt sich hier nur um die ursprüngliche Unmöglichkeit, nicht um das ursprüngliche Unvermögen. Ausdrücklich bemerken dies auch die Motive Bd. II S. 176 bei Behandlung des § 344 des Entwurfes erster Lesung (entsprechend BGB. § 306).

Stammler S. 107 f. dehnt § 306 analog auf die Fälle des ursprünglichen Unvermögens aus; er kommt daher zum Resultate, daß die in Frage stehenden Verträge nichtig sind. Die Folge ist, daß gemäß § 307 des BGB. nicht allein der Gläubiger, sondern ebensogut auch der Schuldner, — falls es bei einem nichtigen Vertrage erlaubt ist, sich dieser Ausdrücke für die Vertragschließenden zu bedienen, — wenn er das Unvermögen weder kannte, noch kennen mußte, von dem Vertragsgegner, der dasselbe kannte oder kennen mußte, Ersatz des Schadens verlangen kann, den er dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraute (negatives Vertragsinteresse), allerdings nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches er an der Gültigkeit des Vertrages hat (positives Vertragsinteresse).

Es stützt sich die erwähnte Analogie auf die von mir abgelehnte Subsumierung des Unvermögens — der sog. subjektiven Unmöglichkeit — und der Unmöglichkeit — der sog. objektiven Unmöglichkeit — unter den gemeinsamen Oberbegriff der Unmöglichkeit als solchen.[32]

Der § 306 des BGB. enthält die logische Konsequenz des Begriffes der ursprünglichen Unmöglichkeit. Denn gemäß BGB. § 241 ist der Gläubiger kraft eines bestehenden Schuldverhältnisses berechtigt, von dem Schuldner eine, bei Verträgen die vertragsmäßige Leistung zu verlangen. Da aber Unmögliches nicht geleistet werden kann, so vermag aus einem auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrage die vertragsmäßige Leistungspflicht nicht zu entspringen. Ein solcher Vertrag muß demnach notwendig nichtig sein.[33] BGB. § 306 gibt hierfür die ausdrückliche Bestätigung.

Aus dem Begriffe des ursprünglichen Unvermögens des Schuldners folgt aber keineswegs, daß die fraglichen Verträge logischerweise nichtig sein müssen. Denn, wie ich nochmals betonen möchte, in den Fällen des Unvermögens des Schuldners ist die Leistung an sich möglich, die Person des Schuldners aber nicht Moment des Leistungsinhaltes. Erfüllung ist möglich, nicht unmöglich.

Eine Analogie aus § 306 ist demnach ausgeschlossen. Das gleiche gilt von einer Analogie aus dem § 275 Abs. 2, durch welchen das nachträgliche Unvermögen des Schuldners der nachträglichen Unmöglichkeit gleichgestellt

---

32) S. S. 34 f.

33) Andere Ansicht vertritt de lege ferenda Titze S. 259 f.

wird,[34] dahingehend, daß das ursprüngliche Unvermögen der ursprünglichen Unmöglichkeit gleichsteht. Denn, wie sich auch aus den Motiven Bd. II, S. 46 ergibt, ist die Bestimmung des § 275 Abs. 2 unter Anerkennung der Verschiedenheit der Begriffe Unmöglichkeit und Unvermögen erfolgt, und zwar hauptsächlich aus dem Gesichtspunkte der Billigkeit. Es wäre nämlich in der Tat unbillig, wenn derjenige, welcher eine Sache zu leisten hat, schärfer haften sollte, wenn ihm die Sache nach Entstehung des Schuldverhältnisses ohne sein Verschulden gestohlen wird, als wenn sie gleichfalls ohne sein Verschulden untergeht! Derartige Erwägungen greifen aber bei dem ursprünglichen Unvermögen nicht Platz. Denn, wie Schollmeyer II S. 151, Anm. 1 zu BGB. § 306 mit Recht ausführt, „über die Grenzen seines Könnens soll sich der Mensch nicht täuschen. Tut er es gleichwohl, so macht er sich verantwortlich. Ein Grund zur Nichtigkeit liegt hier nicht vor. Bei objektiver ursprünglichen Unmöglichkeit aber muß Nichtigkeit vorliegen, weil eine Leistungspflicht bezüglich von Dingen, die kein Mensch leisten kann, widersinnig wäre".

Eine vernünftige Lösung der Frage bietet uns eine argumentatio e contrario aus den §§ 275 Abs. 2 und 306. Die Verträge, zu deren Erfüllung der Schuldner ursprünglich unvermögend ist, sind also nicht denen gleichzustellen, die auf eine unmögliche Leistung gerichtet sind;

34) Die Bestimmung des § 275 Abs. 2 des BGB. beschränkt sich nicht allein auf das vom Schuldner nicht zu vertretende Unvermögen, obwohl eine derartige Auslegung infolge der Gesetzestechnik vielleicht nahe liegt; vgl. Kleineidam I S. 123 f.; Planck Bd. II S. 48 Anm. 2 zu BGB. § 275.

sie sind daher keineswegs nichtig, sondern als Verträge über eine an sich mögliche Leistung gültig.

Gestützt wird dieses Ergebnis auch noch durch Heranziehung der §§ 2170 und 2171 des BGB., welche die Fälle der Unmöglichkeit resp. des Unvermögens des Erben zur Vollziehung eines ihm auferlegten Vermächtnisses behandeln. Während nun der § 2171 bestimmt, daß ein Vermächtnis, das auf eine zur Zeit des Erbfalles unmögliche Leistung gerichtet ist, unwirksam ist, steht gemäß § 2169 das Unvermögen zur Leistung eines zur Zeit des Erbfalles nicht zur Erbschaft gehörigen Gegenstandes — allerdings nur bei Annahme eines entsprechenden Willens des Erblassers — der Gültigkeit des Vermächtnisses nicht entgegen.

Für die Gültigkeit der Verträge, zu deren Erfüllung der Schuldner ursprünglich unvermögend ist, sprechen sich aus:

Planck, Bd. II S. 47. Anm. 3a zu BGB. §§ 275—290;
Matthiaß, Bd. I § 73, S. 331 f.;
Kleineidam I, S. 45 f.;
Kleineidam II, S. 126 f.;
Titze, S. 247;
Biermann, S. 92 f.;
Cosack, Bd. I, 2 § 98, S. 339;
Endemann, § 127, S. 553;
Kuhlenbeck I, Bd. II S. 14;
Kuhlenbeck II, Bd. I S. 253, Anm. 2 zu BGB. § 306;
Dernburg, Bd. II, 1 S. 131 f., § 61;
Motive, Bd. II S. 177 und S. 45;
Oertmann, S. 57, Anm. 1b zu BGB. § 306:
Schollmeyer II, S. 96, 151 f.;

Rehbein, Bd. II S. 156 in Anm. 8 zu BGB. § 306;
Enneccerus, Bd. I § 178, II S. 439;
Goldmann u. Lilienthal, Bd. I, 2 § 92, S. 358;
Neumann, Bd. I, S. 248 in Anm. 2 zu BGB. 306;
Crome, Bd. II, S. 160 in § 166.

Dagegen entscheiden sich für analoge Anwendung des § 306 des BGB. mithin für die Nichtigkeit der hier fraglichen Verträge:

Stammler, S. 107 f.;
Krug, S. 36 f.

C. Haftung aus den Verträgen sub B. und Geltendmachung derselben.

I. Bei totalem Unvermögen.

1. Verträge im Allgemeinen.

Welches sind nun die Folgen der Gültigkeit der Verträge, zu deren Erfüllung der Schuldner ursprünglich unvermögend ist? Diese Frage ist jetzt zu beantworten.

Aus einem gültigen Vertrage entsteht für den Schuldner die Pflicht, die vertragsmäßig bedungene Leistung dem Gläubiger zu gewähren; es ist dies ausnahmslos ihr Inhalt. An die Stelle dieser Leistungspflicht kann nicht willkürlich eine andere treten. Hierzu bedarf es einer besonderen gesetzlichen Bestimmung. Eine derartige ausdrückliche Bestimmung des BGB., durch welche — etwa aus praktischen Gründen — an Stelle des ursprünglichen Leistungsinhaltes wegen des ursprünglichen Unvermögens des Schuldners eine Schadensersatzpflicht gesetzt würde, wie dies z. B. für das vom Schuldner zu vertretende nachfolgende Unvermögen durch die Vorschrift des § 275 geschehen ist, ist nicht vorhanden. Der Schuldner

haftet daher aus den Verträgen, zu deren Erfüllung er ursprünglich unvermögend ist, notwendigerweise, weil die Verträge gültig sind, auf Erfüllung.

Dem Gläubiger, der in unseren Fällen bei Fälligkeit seine Leistung nicht erhält, steht, um seinen Anspruch gegenüber dem Schuldner zu verwirklichen, folgender Weg offen:

Er kann auf Erfüllung klagen. Hat er ein rechtskräftiges Urteil gegen den Schuldner erwirkt, so kann er ihm nunmehr eine angemessene Frist mit der Erklärung stellen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Mit dem fruchtlosen Verstreichen dieser Frist wandelt sich der Anspruch des Gläubigers auf Erfüllung in einen solchen auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung um. BGB. § 283 Abs. 1. Der Anspruch auf Erfüllung geht hierdurch unter.

„Angemessen ist eine Frist, welche unter Berücksichtigung des einzelnen Falles demjenigen, welchem die Frist bestimmt wird, billigerweise gelassen werden muß, um die Leistung zu bewirken.“ [35] Über die Frage der Wirkung der Setzung einer zu kurzen Frist, ob diese ohne Wirkung ist — so die Ansicht von Planck — oder ob dann die Leistung innerhalb einer angemessenen Frist erfolgen muß, vgl. die in Anm. 35 angegebene Stelle aus dem Kommentare von Planck. Am sichersten geht jedenfalls der Gläubiger, wenn er gemäß § 255 Abs. 1 der CPO. verlangt, daß die Dauer der Frist in dem Urteile auf Erfüllung bestimmt wird.

Wird der Schadensersatz vom Schuldner auf gütlichem Wege nicht gezahlt, sei es nun daß der Schuldner

35) Planck Bd. II S. 19 Anm. 2 zu § 250 des BGB.

dessen Höhe bestreitet, sei es daß er sich zur Zahlung überhaupt weigert, so befindet sich der Gläubiger in der Zwangslage noch einen zweiten Prozeß anstrengen zu müssen, um zu seinem Ziele, einer Entschädigung für den ihm durch die Nichterfüllung entstandenen Schaden in Geld, zu kommen.[36].

Der zweite Prozeß könnte nur durch Verbindung der Klage auf Erfüllung mit der auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung vermieden werden. Der Klageantrag müßte dann dahin gehen, den Beklagten erstens zur Erfüllung und zweitens für den Fall, daß die Erfüllung nach Rechtskraft des Urteils innerhalb einer vom Gerichte festzusetzenden angemessenen Frist nicht erfolgt, zur Zahlung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Geld, und zwar in bestimmter Höhe zu verurteilen.

Eine derartige Klagenverbindung muß als unzulässig erachtet werden. Mit Recht führt Schollmeyer II in Anm. 4 zu BGB. § 283 auf S. 120 aus:

„Die Erfüllungsklage zugleich mit der Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 283 im Wege der Eventualkumulation anzustellen, ist unmöglich. Denn erst nach rechtskräftiger Verurteilung des Schuldners zur Leistung können die Voraussetzungen für Belangung des Schuldners auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 283 eintreten.“ [37]

---

36) Schadensersatz ist zwar in erster Linie durch Wiederherstellung, also hier durch Erfüllung zu leisten, BGB. § 249. Erfüllung ist aber nach Ablauf der gemäß BGB. § 283 Abs. 1 — entsprechend BGB. § 250 — gestellten Frist ausgeschlossen; der Anspruch des Gläubigers geht daher unmittelbar auf Ersatz in Geld.

37) Anderer Ansicht sind Goldmann u. Lilienthal Bd. I, 2 Anm. 44 zu § 85 S. 340.

Die Zulässigkeit der fraglichen Klagenverbindung kann auch nicht auf den § 259 der ZPO. gestützt werden;[38] denn der § 259 enthält einen der in den §§ 257—259 der CPO. behandelten Fällen, in denen auf eine künftige Leistung geklagt werden kann. In allen handelt es sich um Ansprüche, die zwar schon entstanden, aber noch nicht fällig sind. Da aber aus den Verträgen, zu deren Erfüllung der Schuldner ursprünglich unvermögend ist, ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung erst dann entsteht, wenn der Gläubiger auf Erfüllung geklagt, ein rechtskräftiges Urteil erworben und eine angemessene Frist, die er nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils dem Schuldner gesetzt hat, fruchtlos hat verstreichen lassen, so kann der Gläubiger mit der Klage auf Erfüllung nicht die auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung verbinden; denn in diesem Augenblicke ist noch kein Anspruch auf letzteren entstanden.

Statthaft ist aber die Kumulation der Klage auf Erfüllung mit der auf Feststellung, daß der Schuldner nach Ablauf der im Urteile gemäß § 255 der CPO. gestellten Frist zur Zahlung eines Schadensersatzes in bestimmter Höhe an den Gläubiger verpflichtet ist. Denn der Kläger hat an der alsbaldigen Feststellung der Höhe des ihm nach Fristablauf zustehenden Schadensersatzes durch richterliche Entscheidung ein rechtliches Interesse (CPO. § 256).[39]

---

38) Anderer Meinung Petri S. 67.

39) Vgl. Schollmeyer I S. 11 f.; Schollmeyer II Anm. 3 zu § 326 BGB. auf S. 211 f.

Das Feststellungsurteil kann zwar nicht gegen den Schuldner vollstreckt werden,[40] ist aber trotzdem nicht bedeutungslos. Denn in vielen Fällen wird durch das Urteil der Schuldner zur Zahlung des Schadensersatzes aus freien Stücken veranlaßt werden, so daß ein zweiter Prozeß, durch welchen Verurteilung des Beklagten zur Leistung des Schadensersatzes begehrt wird, erspart bleibt. —

Gleiche Ansicht wie die hier vorgetragene vertreten in der Literatur:

Kleineidam I S. 46, 47,

Kleineidam II S. 126 f.;

Planck Bd. II S. 47 f. in Anm. 3 a zu BGB §§ 275—290;

Cosack Bd. II § 98 S. 339.

Die Äußerungen der beiden letztgenannten Autoren legt Biermann S. 93 f. dahin aus, daß sie den von ihm eingenommenen Standpunkt verträten, nämlich daß dem Gläubiger bei ursprünglichem Unvermögen des Schuldners in erster Linie ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, daneben auch ein solcher auf Erfüllung zustehe.

Planck führt nun an der oben erwähnten Stelle aus:

„Aus dem Gesagten ergibt sich, daß, soweit nicht ein Anderes vertragsmäßig vereinbart ist, der Gläubiger

40) Diesen Standpunkt vertritt, wie ich annehmen zu dürfen glaube, auch Endemann Bd. II § 157 Anm. 17 auf S. 702 und nicht, wie Schollmeyer annimmt, den, daß auf Grund des § 255 der CPO. die Verbindung der Klage auf Erfüllung mit der auf Leistung von Schadensersatz statthaft sei. Vgl. Schollmeyer II Anm. 3 zu BGB. § 326 S. 211 f.

trotz der subjektiven Unmöglichkeit auf Bewirkung derselben — d. h. der Leistung; der Verfasser — klagen kann, und daß auch die Zwangsvollstreckung nach Maßgabe der CPO. zulässig ist. Nach rechtskräftiger Verurteilung kann der Gläubiger nach Maßgabe des § 283 Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern."

Cosack Bd. II § 98 S. 339:

„Demgemäß kann der Gläubiger die Leistung, obschon sie (subjektiv) unmöglich ist, dennoch einklagen, ohne fürchten zu müssen, daß er mit seiner Klage abgewiesen wird."

Weiter:

„Vor allem kann aber der Gläubiger ganz allgemein Schadensersatz fordern . . . ."

So aus ihrem Zusammenhange gerissen, scheinen diese Stellen auf den ersten Blick in etwa für Biermanns Ansicht zu sprechen. Allein es ist in Erwägung zu ziehen, daß beide Schriftsteller unmittelbar vorher die ursprüngliche Unmöglichkeit behandeln, bei deren Vorliegen weder Erfüllung, noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung, sondern nur eventuell das negative Vertragsinteresse verlangt werden „kann." Den Gegensatz zu diesem „Können" bildet also ein Nichtkönnen, nicht aber ein wahlweises anderes Können.

Für Planck steht dies ganz unzweifelhaft fest; vgl. auch Planck Bd. II S. 58 Anm. 1 zu § 283 des BGBs.

Bedenken erregen könnte bezüglich der Stellungnahme Cosacks die Fassung:

„Vor allem kann der Gläubiger ganz allgemein Schadensersatz fordern . . ."

Allein ich glaube, daß dies „vor allem“ grade die Aufmerksamkeit des Lesers auf den Gegensatz richten soll, daß hier das positive, nicht wie bei der Unmöglichkeit nur eventuell das negative Vertragsinteresse gefordert werden kann.

Im folgenden werde ich nunmehr die in der Literatur vertretenen mehr oder weniger abweichenden Ansichten über die Haftung des Schuldners aus ursprünglichem Unvermögen zur Leistung bei vertragsmäßigen Schuldverhältnissen erörtern; ich beschränke mich auf die Schriftsteller, welche die fraglichen Verträge für gültig erachten[41].

Am häufigsten wird folgender Standpunkt vertreten:

Dem Gläubiger steht, wenn der Schuldner infolge ursprünglichen Unvermögens zur Erfüllung des Vertrages außerstande ist, ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Geld zu. Erhebt der Gläubiger Klage auf Verurteilung des Schuldners zur Zahlung des Schadensersatzes, so muß er das ursprüngliche Unvermögen des Schuldners behaupten und eventuell unter Beweis stellen. Will oder kann der Gläubiger diesen Beweis nicht erbringen, so steht es ihm frei, Klage auf Erfüllung zu erheben, um auf dem Wege des bereits früher geschilderten Verfahrens gemäß BGB. § 283 zu einem Schadensersatzanspruche in Geld zu gelangen. Der Anspruch des Gläubigers auf Erfüllung ist somit nur ein rein subsidiärer.

So: Matthiaß, Bd. II § 73 S. 331 f.;
Enneccerus, S. 439;

41) Bezüglich der Schriftsteller, welche Nichtigkeit annehmen, wird auf S. 37 f. verwiesen.

Biermann S. 92 f.;
Crome Bd. II § 166 S. 160;
Neumann Bd. I § 275 II S. 234;
Schollmeyer II S. 96;
Kuhlenbeck II Anm. 3 zu BGB. § 275 S. 227;
Goldmann u. Lilienthal Bd. I, 2 § 92 III S. 358;
Endemann Bd. II § 127 S. 553;
Kisch S. 122 f.

Im folgenden will ich versuchen, die von den obengenannten Schriftstellern gegebene Begründung ihres Standpunktes — bei verschiedenen Kommentatoren fehlt eine solche infolge der in Anbetracht des großen Materials notwendig knappen Fassung ihrer Werke oder ist zweckentsprechend durch Verweisung auf die Spezialliteratur ersetzt — und, was ich ihren Gründen entgegenzusetzen habe, darzulegen.

So führt Biermann a. a. O. folgendes aus:

„Wenn der Vertrag gültig ist, so kann dem Gläubiger naturgemäß nichts im Wege stehen, auf die Leistung zu klagen. Grade die Klage auf Leistung kann ja für ihn von besonderem Werte sein. . . . Andererseits muß es aber für den Gläubiger gar oft von Wert sein, ohne weitere Umwege sogleich sein Erfüllungsinteresse geltend machen zu können, vor allem dann, wenn er sich von dem Unvermögen des Schuldners überzeugt hat. An der sofortigen Geltendmachung des Erfüllungsinteresses ist er jedoch auch dann nicht gehindert, wenn der Vertrag über die subjektiv unmögliche Leistung gültig ist. Auch dann kann der Gläubiger sofort auf das Erfüllungsinteresse klagen; er braucht nur das Unver-

mögen des Schuldners in seiner Klagebegründung zu behaupten bezw. unter Beweis zu stellen."

Biermann begründet also seinen Standpunkt einseitig mit dem Interesse des Gläubigers! Abgesehen nun davon, daß es doch der Billigkeit entspricht, soweit wie nur möglich, das Interesse des Schuldners, als des in der Regel wirtschaftlich schwächeren Teiles zu berücksichtigen, vermißt man eine Erklärung darüber, auf welche gesetzliche Bestimmung denn die Umwandlung des Leistungsinhaltes der hier in Frage kommenden Verträge gestützt wird.

Crome Bd. II führt u. a. in Anm. 25 zu § 166 S. 160 f. aus:

„Fraglich kann nur sein, ob der Schuldner gezwungen sein soll, den Umweg des § 283 des BGB. zu beschreiten, oder ob er sofort, nachdem sich das Unvermögen des Schuldners herausgestellt hat, auf das Erfüllungsinteresse klagen kann. Das erstere wäre nur ein sinnloser Schnörkel. Für letzteres spricht außerdem die Analogie. Wenn .... im Falle des § 286 Abs. 2 des BGB. eine Leistung, die für den Gläubiger jedes Interesse verloren hat, nicht mehr eingefordert zu werden braucht, vielmehr sofort das Interesse verlangt werden kann, um wie viel mehr hier, wenn feststeht, daß die eigentliche Leistung niemals stattfinden wird."

Letztere Analogie wäre — das ist Crome entgegenzuhalten — am Platze, wenn es sich hier um Unmöglichkeit der Leistung handelte; bei Vorliegen von Unvermögen steht dagegen nur fest, daß die eigentliche Leistung nicht durch den Schuldner stattfinden kann. Sie kann aber immerhin noch durch einen Dritten

erfolgen. Infolgedessen ist auch der „Umweg“ über den § 283 des BGB. meiner Ansicht nach nicht lediglich ein „sinnloser Schnörkel“, sondern ist im berechtigten Interesse des Schuldners gelegen.

Endemann und Goldmann und Lilienthal führen die Haftung des Schuldners auf ein stillschweigend vom Schuldner abgegebenes Garantieversprechen zurück. Unter einem Garantieversprechen ist die bei Abschluß eines Vertrages getroffene Abrede zu verstehen, daß der Schuldner schlechthin bei Nichterfüllung seiner Verbindlichkeiten aus dem Vertrage Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Geld zahlen solle resp müsse. Der Gläubiger kann dann gleichzeitig alternativ entweder Erfüllung, oder Schadensersatz in Geld verlangen.[42] Ein derartiges Versprechen kann selbstverständlich bei Abschluß eines Vertrages, zu dessen Erfüllung der Schuldner infolge ursprünglichen Unvermögens außer stande ist, ausdrücklich abgegeben werden. Aber es wäre doch dem Willen der Parteien Zwang angetan, wenn man hier ganz allgemein bei Stillschweigen der Parteien ein Garantieversprechen als, weil von ihnen gewollt, implicite gegeben annähme, namentlich z. B. dann, wenn, wie es wohl am häufigsten der Fall ist, einem oder beiden Teilen das ursprüngliche Unvermögen unbekannt ist. —

Kisch[43] führt u. a. S. 124 f. aus:

---

42) Vgl. Kleineidam I S. 44 f.

43) Es ist zu berücksichtigen, daß die Ausführungen Kischs, da sein Thema die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung ist, sich in erster Linie auf das nachträgliche Unvermögen beziehen.

„Nach dem Gesagten kann der Gläubiger die Leistung verlangen, auch wenn der Schuldner an ihrer Bewirkung verhindert ist. Diesen Satz sucht man vielfach durch eine begriffliche Erwägung zu begründen. Man behauptet, durch das verschuldete Leistungsunvermögen werde das bestehende Rechtsverhältnis nicht berührt. Vielmehr bleibe nicht allein das Forderungsrecht selbst, sondern auch dessen Gegenstand unverändert bestehen. Was ursprünglich geschuldet war, sei nach wie vor zu leisten. Diese Ansicht ist indessen nicht ohne Bedenken. Sie würde in strenger Folgerung dazu führen, dem Gläubiger ausnahmslos die sofortige Klage auf das Interesse zu versagen. Die Entschädigungsforderung wäre regelmäßig in die Vollstreckungsinstanz zu verweisen, als Notbehelf für den eigentlich unveränderten Leistungsinhalt."

Diesen rein wissenschaftlichen Erörterungen gegenüber kommt Kisch in weiterem Verlaufe seiner Untersuchungen auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen der §§ 275 Abs. 2, 280 Abs. 1 und 283 Abs. 1 zum Ergebnisse, daß dem Gläubiger bei nachfolgendem verschuldeten Unvermögen des Schuldners ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zustehe, daß der Gläubiger aber auch auf Erfüllung klagen könne, damit „die Tatsache des Unvermögens erst noch mit allen Mitteln des Prozeß- und Zwangsvollstreckungverfahrens ermittelt werden solle." [44]

Indem nun Kisch außer acht läßt, daß die Gleichstellung von nachfolgendem Unvermögen mit nachfolgender

44) Kisch S. 126.

Unmöglichkeit trotz Verschiedenheit der Begriffe erfolgt ist, die genannten Rechte bei verschuldetem nachfolgenden Unvermögen ohne die Vorschrift des § 275 Abs. 2 nicht gegeben wären, überträgt er sie in Anm. 6 zu S. 125 auf das ursprüngliche Unvermögen. — Da aber für das letztere eine entsprechende Gesetzesregel fehlt, so muß ich mich an die „strenge Folgerung" aus den Begriffen halten, die, wie ja Kisch selbst zugibt, dazu führt, „dem Gläubiger ausnahmslos die sofortige Klage auf das Interesse zu versagen." —

Einen etwas von der Meinung der bisher behandelten Schriftsteller abweichenden Standpunkt nimmt Oertmann ein. Er ist ebenfalls der Ansicht, daß dem Gläubiger bei ursprünglichem Unvermögen des Schuldners in erster Linie ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zustehe, daß der Gläubiger aber auch, wenn er wolle, ohne Rücksicht auf das Unvermögen, auf Leistung klagen könne.[45]

Bezüglich des Gegenstandes des Schadensersatzanspruches wird dann in Anm. 4 zu BGB. § 280 S. 40 ausgeführt:

„Bei bloßem Unvermögen des Schuldners wird Gläubiger sogar zunächst auf Leistung klagen müssen, weil alsdann Naturalherstellung immerhin noch möglich ist, und der Schadensersatz eben primo loco auf diese geht."

Wenn auch der § 280 des BGB. nur die Wirkungen der nachfolgenden zu vertretenden Unmöglichkeit, also auch des nachfolgenden Unvermögens, sofern es der

45) Vgl. Oertmann Anm. 16 zum BGB. § 306, S. 57.

Schuldner zu vertreten hat, behandelt, so ist doch offensichtlich, daß der aus dem Begriffe des Unvermögens überhaupt gewonnene Satz Oertmanns sich nicht auf das nachfolgende Unvermögen beschränken soll. Es steht mithin nach Oertmann dem Gläubiger auch bei Vorliegen ursprünglichen Unvermögens nur ein Anspruch auf Erfüllung zu, der sich allerdings als Schadensersatzanspruch charakterisiert.

Der praktische Unterschied zwischen der von Oertmann und der hier vertretenen Auffassung ergibt sich aus der weiteren Bemerkung Oertmanns a. a. O.:

„Anders bei vorgängiger Fristsetzung nach § 250."

Nach Oertmann kann also der Gläubiger, da ihm ein Schadensersatzanspruch unmittelbar infolge des Unvermögens des Schuldners zusteht, zu einem Anspruche auf Geldersatz auch ohne vorhergehende Klage auf Erfüllung dadurch gelangen, daß er dem Schuldner eine angemessene Frist zur Erfüllung bei Fälligkeit der Leistung bestimmt, und zwar mit der Erklärung, daß er nach dem Ablaufe der Frist die Leistung ablehnen werde, und daß die Frist vergeblich verstrichen ist.

Das Recht zur Fristsetzung gemäß BGB. § 250 kann meinem Standpunkte entsprechend dem Gläubiger deshalb nicht zustehen, weil der Gläubiger, wie oben ausgeführt worden ist, ohne daß die Voraussetzungen des § 283 des BGB. erfüllt sind, keinen Schadensersatzanspruch hat, sondern nur Erfüllung als solche verlangen kann.[46] —

---

46) Bezüglich des nachfolgenden zu vertretenden Unvermögens bin ich, gestützt auf die Bestimmungen der §§ 275 Abs. 2, 280 und 251 Abs. 1, der Ansicht, daß weder Klage auf Erfüllung

Dernburg Bd. II, 1 § 61 S. 131 f. will dem Gläubiger aus den in Frage stehenden Verträgen nur einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geben.

Der genannte Autor stellt zunächst fest, daß das BGB. für das ursprüngliche Unvermögen bei vertragsmäßigen Schuldverhältnissen keine Regelung getroffen habe. Nachdem er auf Planck hingewiesen hat, welcher die Verträge für gültig erklärt und den Gläubiger, damit er Schadensersatz wegen Nichterfüllung erhält, auf BGB. § 283 Abs. 1 verweist, führt Dernburg aus:

„Dies wären so zweckwidrige Prozeduren, daß sie nicht im Sinne des BGB. liegen können. Vielmehr besteht der Unterschied vom Falle der objektiven Unmöglichkeit nur darin, daß der Gläubiger, wenn das Geschäft wegen Unvermögens des Schuldners unausführbar ist, einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse erlangt, also nicht bloß auf das negative Vertragsinteresse verwiesen ist.“ [47]

Darüber, ob die zu erörternden Verträge gültig sind oder nicht, macht Dernburg keine ausdrückliche Bemerkung. So kommt es, daß Biermann S. 92 f. auf Grund der weiter unten zu besprechenden Definition Dernburgs von dem Unvermögen behauptet, Dernburg wolle „den über eine subjektiv unmögliche Leistung geschlossenen Vertrag nicht als gültig anerkennen.“

---

zwecks Naturalrestitution, noch Fristsetzung seitens des Gläubigers erforderlich ist, daß vielmehr der Schadensersatzanspruch unmittelbar auf Gelderſatz geht.

47) Auf Dernburgs Ausführungen stützt sich eine Entscheidung des Oberlandesgerichtes in Hamburg, abgedruckt bei Mugdan und Falkmann Bd. III S. 8.

Allein der Umstand, daß Dernburg dem Gläubiger einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zugesteht, spricht hiergegen; denn der Gläubiger kann nicht Ersatz für Nichterfüllung einer nicht geschuldeten Leistung — es sei denn ein anderes ausdrücklich vereinbart (Garantieversprechen) — verlangen. Ersatz des positiven Interesses setzt das Bestehen eines gültigen Vertrages voraus. Ist bei nichtigen Verträgen oder bei nichtigen resp. angefochtenen Willenserklärungen Schadensersatz zu leisten, so geht er stets nur auf das negative Interesse. BGB. §§ 307, 309, 118, 119.

Ich muß daher annehmen, daß Dernburg die in Frage stehenden Verträge für gültig hält.

Andererseits ist aber die Verweigerung des naturgemäß aus einem gültigen Vertrage entstehenden Anspruches des Gläubigers auf Erfüllung die Konsequenz der begrifflichen Unterordnung des Unvermögens, der subjektiven Unmöglichkeit, unter den sowohl die subjektive, wie die objektive Unmöglichkeit umfassenden Oberbegriff der Unmöglichkeit als solchen.[48]

Dernburg bemerkt nämlich in Anschluß an diese von ihm vertretene Ansicht in Bd. II, 1, § 60, S. 128 f.:

„In allen diesen Fällen gilt natürlicherweise und mit zwingender Kraft, Unmögliches kann nicht geleistet, nicht geschuldet werden, Verurteilung zu Unmöglichem kann das Unmögliche nicht bewirken, Zwangsvollstreckung zu Unmöglichem versagt.

„Das kann kein Gesetz ändern."

Aus einem Vertrage über eine Leistung, zu deren Erfüllung der Schuldner ursprünglich unvermögend ist,

48) Vgl. S. 24, 34 f.

kann dieser Anschauung gemäß ein Anspruch auf Erfüllung nicht entstehen. Die weitere Folgerung aber, den Vertrag für nichtig zu erklären, also nur einen eventuellen Anspruch auf das negative Vertragsinteresse anzuerkennen, wird von Dernburg nicht gezogen. —

Titze S. 247 f. hält ebenfalls die hier zu behandelnden Verträge für gültig. Indessen gelangt er hinsichtlich der Haftung aus denselben zu völlig abweichendem Resultate.

Seine Beweisführung ist ungefähr folgende:

„Die von der herrschenden Meinung behauptete unbedingte Haftung kann sich entweder auf ein stillschweigendes Garantieversprechen — ein solches anzunehmen, lehnt Titze wie auch ich ab —, oder aber auf gesetzliche Vorschrift stützen."

Für die herrschende Meinung spricht ein argumentum e contrario aus BGB. § 275, Abs. 2.

Ein solches ergibt allerdings, daß das ursprüngliche nicht zu vertretende[49] Unvermögen den Schuldner nicht von der Haftung befreit. Der ganze Zusammenhang des § 275 und der Platz, den er im Gesetzbuche gefunden hat, lassen es jedoch als undenkbar erscheinen, daß der Absatz 2, wenn auch nur implicite, eine Bestimmung über das ursprüngliche Unvermögen enthält.

Die unbedingte Haftung ist dazu unpraktisch und widerspricht der Billigkeit.

Titze kommt nun zum Ergebnisse, daß, da das BGB. eine Bestimmung darüber, welchen Einfluß das

---

49) BGB. § 275 Abs. 2 bezieht sich nach Titze nur auf das nicht zu vertretende nachfolgende Unvermögen; vgl. Anm. 34 S. 39.

ursprüngliche Unvermögen auf die Leistungspflicht des Schuldners ausübe, nicht enthalte, BGB. § 275 Abs. 2 analog anzuwenden sei.

Der Schuldner werde also, wenn er das ursprüngliche Unvermögen nicht zu vertreten habe, von der Leistung befreit, im übrigen hafte er auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Zu vertreten habe der Schuldner das ursprüngliche Unvermögen aber dann, wenn es bei Aufwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gehoben werden konnte, und nur deshalb nicht gehoben wurde, weil es der Schuldner an der Beobachtung der nötigen Diligenz fehlen ließ.

Ich entgegne hierauf folgendes:

Das von mir gewonnene Ergebnis, daß dem Gläubiger in jedem Falle ein Anspruch auf Erfüllung, der sich eventuell gemäß BGB. § 283 in einen Schadensersatzanspruch umwandelt, zusteht, habe ich aus dem allgemeinen Grundsatze hergeleitet, daß bei Vorhandensein eines gültigen Vertrages in Ermangelung einer entgegenstehenden Gesetzesvorschrift der Schuldner zur vertragsmäßigen Leistung verpflichtet ist.

Eines argumentum e contrario aus BGB. § 275 Abs. 2 bedarf es mithin nicht. Ich gehe daher auch auf die gegen ein solches gemachten Einwürfe Titze's nicht ein.

Bedarf es aber, wie eben dargelegt, keiner besonderen Bestimmung bezüglich der Haftung aus ursprünglichem Unvermögen, ist also eine Lücke im Gesetzbuche nicht vorhanden, so bleibt für eine Analogie aus § 275 Abs. 2 des BGB. kein Raum.

Zu seiner Stellungnahme ist Titze hauptsächlich deshalb veranlaßt worden, weil er, wie schon oben angeführt, die unbedingte Haftung als der Billigkeit widersprechend erachtet. Meiner Ansicht nach werden durch diese Haftung keineswegs die Gebote der Billigkeit verletzt. Denn im Falle nachfolgenden Unvermögens ist der Schuldner in dem Augenblicke des Eintrittes des Umstandes, der ihn zur Leistung unvermögend macht, bereits kraft des bestehenden Schuldverhältnisses zur Leistung verpflichtet. Hier entspricht es der Billigkeit, den Schuldner von der Haftung zu befreien, wenn er trotz Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt durch zufällige Ereignisse außerstande gesetzt worden ist, die geschuldete Leistung zu bewirken. Nichtsdestoweniger hat das Gesetzbuch die Befreiung des Schuldners auf die Fälle beschränkt, in denen der Gegenstand der Leistung speziell bestimmt ist, hat also dem Gläubiger, wenn der Gegenstand der Leistung generell bestimmt ist, im Interesse der Verkehrssicherheit einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gegeben. BGB. § 279.

Bei ursprünglichem Unvermögen waren im Gegensatze zu dem nachfolgenden zur Zeit der Eingehung der Verbindlichkeit die Umstände, welche den Schuldner außerstandsetzen, die Leistung zu bewirken, bereits vorhanden. Trotzdem aber hat sich der Schuldner freiwillig zum Abschlusse des betreffenden Vertrages entschlossen. Selbst wenn er sogar sein Unvermögen nicht kannte, liegt in keinem Falle ein Grund vor, ihn von der Haftung zu befreien.[50] Das widerspräche dem be-

50) Vorausgesetzt ist natürlich, daß es sich im konkreten Falle nicht um eine sog. Naturalobligation, z. B. ein Differenzgeschäft

rechtigten Interesse des Gläubigers und würde die Verkehrssicherheit gefährden.

Um zu einem Schadensersatzanspruche gegen den ursprünglich unvermögenden Schuldner zu gelangen, steht dem Gläubiger noch ein anderer Weg als der auf S. 42 f. geschilderte offen.

Wie schon S. 16 f. gesagt, entsteht durch jede nicht rechtzeitige Erfüllung, mag dieselbe nun auf Nichtwollen oder Nichtkönnen des Schuldners zurückzuführen sein, Unmöglichkeit der Leistung hinsichtlich der Zeit. Hat der Schuldner den Umstand, infolgedessen die rechtzeitige Leistung unterbleibt zu vertreten — BGB. § 285 —, und hat der Gläubiger eventuell den Schuldner gemahnt — BGB. § 284 —, so redet das Gesetzbuch von Schuldnerverzug. Leistet der Schuldner nun deshalb

BGB. § 764 handelt; ferner daß der Vertrag nicht etwa wegen Formmängel nichtig, oder wegen Willensmängel nichtig oder anfechtbar ist, z. B. wegen Irrtums des Schuldners gemäß BGB. § 119. — Zur Anfechtung berechtigt den Schuldner indes nicht der Umstand, daß er durch Irrtum über sein Können zur Abgabe seiner Willenserklärung veranlaßt wurde; denn dann liegt lediglich ein Irrtum im Beweggrunde vor. Hat dagegen der Gläubiger, welcher wußte, daß der Schuldner über sein Unvermögen in Unkenntnis sich befand, letzteren zum Vertragsabschlusse bestimmt, und hätte der Schuldner bei Kenntnis seines Unvermögens nicht in den Abschluß des Vertrages eingewilligt, so kann der letztere den Vertrag, richtiger gesagt seine Willenserklärung wegen arglistiger Täuschung anfechten; denn die arglistige Täuschung kann auch in dem Verschweigen einer Tatsache gefunden werden, zu deren Mitteilung der Gegner kraft Treu und Glauben verpflichtet ist. — In den von Dernburg Bd II, 1 § 61 S. 132 und von Cosack Bd. I, 2 § 98 S. 339 angeführten Einzelfällen, in denen der Schuldner bei Vorliegen ursprünglichen Unvermögens von seiner Haftung befreit sein soll, handelt es sich garnicht um Ausschluß der Haftung wegen ursprünglichen Unvermögens des Schuldners, sondern eben um Anfechtbarkeit wegen dolus des Gläubigers.

nicht bei Fälligkeit, weil ein Fall ursprünglichen Unvermögens vorliegt, so gerät er, nachdem den Vorschriften des § 284 des BGB. Genüge getan ist, in Verzug;[51] denn, wie früher ausgeführt worden ist, befreit das ursprüngliche Unvermögen den Schuldner nicht von der Verpflichtung zur Erfüllung des Vertrages. Letzterer hat also das ursprüngliche Unvermögen zu vertreten.

Ist der ursprünglich unvermögende Schuldner in Verzug gesetzt, so kann der Gläubiger im Falle des § 286 Abs. 2 des BGB., d. h. dann, wenn die Leistung infolge des Verzuges kein Interesse mehr für ihn hat, die Erfüllung ablehnen und unmittelbar Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. In einem etwaigen Prozesse zwecks Verurteilung des Schuldners zur Zahlung des Interesses träfe den Gläubiger die Beweislast für Fälligkeit, Mahnung und Interessemangel,[52] dagegen nicht für das Unvermögen des Schuldners.

Von einer Reihe von Schriftstellern wird noch die Frage erörtert, ob nicht dem Gläubiger für den Fall des ursprünglichen Unvermögens ein Anspruch auf einen etwa vom Schuldner erlangten Ersatz zusteht.

---

51) Es ist nicht erforderlich, daß das Erfüllungshindernis nur ein zeitweiliges ist; vgl. Tetze S. 41 f. in Anm. 13, 13 a.

52) Zu berücksichtigen ist jedes subjektive Interesse des Gläubigers, nicht aber wie Stammler S. 120 ausführt, „nur ein Interesse, das für jeden in solcher Lage befindlichen Menschen zutrifft". Ebenso wie Stammler äußert sich Kuhlenbeck II Bd. I S. 234 in Anm. 2 zu BGB. § 280. Meine Ansicht vertreten Planck Bd. II S. 54 Anm. 5 zu BGB. § 280; Kleineidam I S. 111; Kisch S. 186. Vermittelnde Stellung nimmt Schollmeyer II in Anm. 4 c zu § 280 S. 109 f. ein.

Ich werde mich zunächst mit dem Begriffe des „Ersatzes" beschäftigen und dann untersuchen, ob das BGB. dem Gläubiger ein Recht auf den Ersatz gibt.

Von Surrogat oder Kommodum spricht man in doppeltem Sinne, je nachdem man den Begriff weiter oder enger faßt. Für den engeren Begriff gebraucht das BGB. den terminus technicus „Ersatz", während es den weiteren durch Umschreibungen umgrenzt.[53] So z. B. wird bei dem gesetzlichen ehelichen Güterstande der Verwaltung und Nutznießung des Mannes Vorbehaltsgut u. a. auch das Surrogat desselben. Hier ist unter Surrogat das im weiteren Sinne zu verstehen. Das Gesetzbuch bedient sich hier — ähnlich an anderen Stellen — des Ausdruckes: „Vorbehaltsgut ist, was die Frau auf Grund eines zu ihrem Vorbehaltsgute gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Vorbehaltsgute gehörenden Gegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft erwirbt, das sich auf das Vorbehaltsgut bezieht". BGB. § 1370.

Diese umschreibende Definition ergibt Aufschlüsse für den Begriff des Ersatzes.

Ersatz liegt nur dann vor, wenn jemand für den Schaden, den ihm ein Vermögensverlust zugefügt hat, einen anderen Gegenstand erhält, der den verlorenen wirtschaftlich vertreten soll.

„So gewinnen wir für den Ersatzbegriff zwei Merkmale: auf der einen Seite als primäres Element

53) Gemeinrechtliche Terminologie: Stellvertretendes Kommodum (Ersatz des BGB.) und accessorisches Kommodum, und zwar letzteres ex re oder ex negotiatione.

die Minderung eines Vermögens durch Entziehung eines bestimmten Wertes, auf der anderen Seite die ganze oder teilweise Ausgleichung der entstandenen Lücke durch einen neuen Wert".[54]

Erwerb eines Gegenstandes durch Rechtsgeschäft an der Stelle eines anderen bildet also keinen Ersatz.[55] Denn „der auf Erlangung einer Gegenleistung gerichtete Vertrag ist kein schadenbringendes Ereignis. Er bewirkt nicht in erster Reihe eine Vermögensminderung, deren Ausgleich erst in zweiter Linie durch die Gegenleistung zu erfolgen hätte. Verlust und Erwerb laufen hier nebeneinander. Demgemäß wird es auch vom Käufer im Gegensatze zum Sachbeschädiger niemals heißen können, er habe die Sache zu „ersetzen". Ersatz und Äquivalent[56] unterscheiden sich vielmehr sehr deutlich von einander; jener füllt die eingetretene Vermögenslücke aus, dieser läßt überhaupt keine entstehen".[57]

Wann nun dem Gläubiger bei Vorliegen von Unmöglichkeit der Leistung oder von Unvermögen des Schuldners ein Anspruch auf den Ersatz, den der Schuldner erlangt hat, zusteht, bestimmt der § 281 Abs. 1 des BGB. Letzterer besagt:

„Erlangt der Schuldner infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten

54) Kisch S. 198.

55) Commodum ex negotiatione. dasselbe gilt vom commodum ex re, also z. B. den Früchten.

56) So bezeichnet Kisch den auf Grund eines Rechtsgeschäftes statt eines anderen erworbenen Gegenstand; dagegen nennt Kleineidam I S. 116 den Ersatz „wirtschaftliches Äquivalent".

57) So Kisch S. 199; anderer Meinung hinsichtlich des Begriffes ist Dernburg Bd. II, 1 § 62, IV S. 134.

Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruches verlangen."

Zwei Ausdrücke sind hauptsächlich ins Auge zu fassen, nämlich „der geschuldete Gegenstand" und „unmöglich". Ein Gegenstand wird erst geschuldet von dem Augenblicke an, in dem das Schuldverhältnis entsteht. Wird die Leistung erst dann unmöglich, so handelt es sich um die nachfolgende Unmöglichkeit, der gemäß BGB. § 275 Abs. 2 das nachfolgende Unvermögen gleichsteht.

Auf das ursprüngliche Unvermögen kann demnach die Bestimmung des § 281 Abs. 1 des BGB. keine Anwendung finden, es sei denn, daß man prinzipiell die analoge Behandlung von ursprünglichem und nachfolgendem Unvermögen vertritt.

Dies tut denn auch Titze S. 253 in Anm. 9 konsequenterweise.

Soweit in der von mir berücksichtigten Literatur überhaupt die Frage der Ersatzleistung für das ursprüngliche Unvermögen behandelt wird, stehen sämtliche übrigen Schriftsteller[58] mit Ausnahme Biermanns auf einem ablehnenden Standpunkte hinsichtlich der Anwendung des § 281 Abs. 1 des BGB. auf die hier zu erörternden Fälle.

Biermann S. 96 f. will den § 281 Abs. 1 analog auf die Fälle des ursprünglichen Unvermögens

58) Vgl. Dernburg Bd. II, 1 § 61 S. 132 Anm. 7, Planck Bd. II S. 57 in Anm. 5 zu BGB. § 281, Kisch S. 210, Kleineidam I S. 43 f. für die ursprüngliche Unmöglichkeit, Schollmeyer II S. 112 in Anm. 2b zu BGB. § 281.

anwenden.[59] Er stützt sich hierbei hauptsächlich auf die Motive Bd. II S. 46, die als Grund des im § 281 Abs. 1 des BGB. gegebenen Anspruches auf den Ersatz angeben: „Das Prinzip beruht auf der berechtigten Unterstellung, der Verpflichtungswille sei darauf gerichtet gewesen." Dies „entspreche zweifellos der Billigkeit."

Indem nun Biermann davon ausgeht, daß die Verträge, zu deren Erfüllung der Schuldner ursprünglich unvermögend ist, gültig sind, also entgegen den auf eine unmögliche Leistung gerichteten eine Leistungspflicht entstehen lassen, überträgt er die Unterstellung der Motive, daß „der Verpflichtungswille auch auf den Ersatz gerichtet gewesen sei," auf die erwähnten Verträge. Er fährt dann fort:

„Es ist nicht abzusehen, weshalb dieses Prinzip bei nachträglichem Unvermögen der Billigkeit entsprechen sollte, bei ursprünglichem nicht."

Hiergegen ist folgendes zu bemerken:

Während das nachfolgende Unvermögen und die nachfolgende Unmöglichkeit den Schuldner von der Verpflichtung zur Erfüllung befreit, steht dem Gläubiger bei Vorliegen von ursprünglichem Unvermögen ein Anspruch auf Erfüllung zu. In ersterem Falle hat der Ersatzanspruch für den Gläubiger ein Interesse, weil er dann statt der Erfüllung wenigstens dasjenige, was die Leistung wirtschaftlich vertreten soll, erhält. Im Falle ursprüng-

59) Bei Biermann, ebenso bei Dernburg und Planck an den angegebenen Stellen finde ich als auf dem Standpunkte Biermanns stehend „Cosack Bd. I S. 332 unter c" citiert. In der mir zur Verfügung stehenden 3. Auflage des genannten Werkes (1900) ist eine diesbezügliche Bemerkung an geeigneter Stelle nicht vorhanden die Ersatzleistung wird vielmehr nur bezüglich der nachfolgenden Unmöglichkeit behandelt; vgl. Cosack Bd. I S. 341.

lichen Unvermögens ist aber die Gewährung eines Anspruches auf den Ersatz der Leistung unnötig. Denn der Gläubiger kann grade das, worauf der Verpflichtungswille der Parteien in erster Linie gerichtet war, nämlich die vertragsmäßige Leistung verlangen.

Andererseits kann der Gläubiger bei Vorhandensein von nachfolgendem Unvermögen oder nachfolgender Unmöglichkeit Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur dann verlangen, wenn der Schuldner den Umstand, auf dem das Erfüllungshindernis beruht, zu vertreten hat. Es entspricht der Billigkeit, daß dem Gläubiger, auch wenn der Schuldner nicht vertretungspflichtig ist, ein Anspruch auf den Ersatz zusteht, da andernfalls der Schuldner einerseits weder zu erfüllen, noch Schadensersatz zu leisten verpflichtet wäre, andrerseits aber auch noch den erlangten Ersatz für sich behielte, während der Gläubiger ganz leer ausgehen würde. Bei ursprünglichem Unvermögen kann dagegen der Gläubiger stets zu einem Schadensersatzanspruche gelangen. Auch von diesem Gesichtspunkte aus ist für unsere Fälle ein Ersatzanspruch entbehrlich.

Vor allem aber ist eine analoge Anwendung des § 281 Abs. 1 des BGB. auf das ursprüngliche Unvermögen deshalb ausgeschlossen, weil eine Analogie stets eine Lücke im Gesetze voraussetzt, und eine solche, wie die Ausführungen auf S. 63 f. dartun sollen, nicht vorhanden ist.

2. Besonderheiten bei gegenseitigen Verträgen.

Das über die Gültigkeit der Verträge, zu deren Erfüllung der Schuldner ursprünglich unvermögend ist, S. 37 f. Gesagte gilt natürlich auch für die gegenseitigen

Verträge. Es entsteht also auch aus diesen ein Anspruch des Gläubigers der betreffenden Leistung auf Erfüllung.

Besonderheiten bestehen nur hinsichtlich der Geltendmachung dieses Anspruches.

Von Bedeutung ist, ob der zur Leistung ursprünglich unvermögende Teil[60] zur Vorleistung verpflichtet ist, oder nachzuleisten hat, oder ob die gegenseitigen Leistungen Zug um Zug zu erfüllen sind.

Hat der vermögende Teil nachzuleisten, sei es nun infolge gesetzlicher, sei es infolge vertraglicher Bestimmung, oder ist Zug um Zug zu erfüllen, so gewährt der § 320 Abs. 1 des BGB. dem Vermögenden dadurch Schutz, daß er die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern kann.[61]

Das Verweigerungsrecht führt aber nicht zu einer Lösung des Schuldverhältnisses, zumal da ausdrücklich Sicherheitsleistung zur Abwendung des Verweigerungsrechtes ausgeschlossen ist; vgl. §§ 320 Abs. 1 S. 2 und 273 Abs 3 des BGB. Der vermögende Teil ist daher gezwungen, falls er sich mit der Verweigerung der Leistung seinerseits nicht begnügen will, auf Erfüllung zu klagen. Ist Zug um Zug zu erfüllen, so erfolgt die Verurteilung gemäß § 322 Abs. 1 des BGB. zur Leistung Zug um Zug.[62] Hat dagegen der Unver-

60) In folgenden bezeichne ich ihn der Kürze halber als den „unvermögenden Teil" oder den „Unvermögenden"; seinen Vertragsgegner als den „vermögenden Teil" oder den „Vermögenden".

61) Über die Wirkung der verzögerlichen Einrede des Verweigerungsrechtes vgl. Planck Bd. II S. 45 Anm. 1 zu § 274.

62) Über die Beweislast vgl. Planck Bd. II S. 95 Anm. 1 zu § 322.

mögende vorzuleisten, so wird er pure zur Leistung verurteilt.

Hat der vermögende Teil vorzuleisten, so steht ihm ein Verweigerungsrecht wegen des ursprünglichen Unvermögens des Gegners nicht zu. Er muß also vorleisten. Hat er dies getan, so kann er Klage auf Erfüllung gegen den unvermögenden Teil erheben. Damit aber der Letztere nicht durch Verweigerung der Annahme der Vorleistung die Rechte des Vorleistungsverpflichteten vereitelt, bestimmt BGB. § 322 Abs. 2, daß Klage auf Erfüllung nach Empfangnahme der Gegenleistung zulässig sei, wenn sich der Beklagte im Annahmeverzuge befinde.

Hat der vermögende Teil nunmehr ein rechtskräftiges Urteil erlangt und, falls dasselbe auf Erfüllung Zug um Zug lautet, seine Leistung bewirkt oder den Gegner in Annahmeverzug gesetzt, so kann er gemäß BGB. § 283 Abs. 1 dem Beklagten eine angemessene Frist mit der Erklärung stellen, daß er Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist ablehne. Nach Ablauf derselben erhält der Vermögende gemäß BGB. § 325 Abs. 2 die Rechte, die dem Gläubiger dann zustehen, wenn die Leistung nachträglich unmöglich geworden ist, und der zur Leistung Verpflichtete die Unmöglichkeit zu vertreten hat.[63] Er kann also nach seiner Wahl Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten.

Anstatt dieser Rechte stehen dem Vermögenden auch die des § 323 des BGB. zu, d. h. diejenigen, die für den Fall der nachfolgenden nicht zu vertretenden Un-

63) Vgl. Planck Bd. II S. 104 Anm. 6 zu § 325.

möglichkeit gegeben sind. Gemäß der angegebenen Bestimmung werden die gegenseitigen Leistungspflichten aufgehoben; hat der vermögende Teil geleistet, so kann er das Geleistete nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung — BGB. § 812 f. — zurückfordern. Er würde hier unter Umständen weniger, als er geleistet hat, oder garnichts zurückerhalten; vgl. namentlich § 818 Abs. 3.[64]

Der Umstand, daß der Schuldner, der infolge ursprünglichen Unvermögens die geschuldete Leistung nicht rechtzeitig bewirkt, nach vorangegangener Mahnung — vgl. § 284 des BGB. — in Schuldnerverzug gerät,[65] ist gerade für die gegenseitigen Verträge von der größten Bedeutung.

Befindet sich der Unvermögende nämlich im Verzuge, so kann ihm der Gegner sofort eine angemessene Frist mit der Erklärung setzen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem vergeblichen Ablaufe derselben hat der Vermögende die Wahl zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt vom Vertrage; BGB. § 326 Abs. 1.

Erfüllung abzulehnen und die beiden genannten Rechte wahlweise unmittelbar ohne Fristsetzung geltend zu machen, ist der Vermögende berechtigt gemäß BGB. § 326 Abs. 2 — entsprechend § 286 Abs. 2 —, wenn die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzuges für ihn kein Interesse mehr hat. Den Beweis des Interessemangels hat der Vermögende zu führen.

---

64) Anwendung des § 323 Abs. 2 des BGB. halte ich hier für ausgeschlossen.

65) Vgl. S. 60 f.

Sofortiger Rücktritt bei Fälligkeit der Leistuug steht dem Vermögenden ferner, und zwar ohne daß es eines Inverzugsetzens des Gegners bedürfte, infolge besonderer Vereinbarung zu; so z. B. bei einer Verabredung gemäß BGB. § 360 (lex commissoria), bei Fixgeschäften § 361.

II. Teilweises ursprüngliches Unvermögen.

Aus dem S. 14 f. Gesagten ergibt sich, daß teilweises Unvermögen nur dann vorliegt, wenn der Schuldner ein unwesentliches Moment des Leistungsinhaltes nicht zu erfüllen vermag, während ein Dritter zur entsprechenden Leistung imstande ist. — Behandelt wird im folgenden natürlich nur das teilweise ursprüngliche Unvermögen bei Verträgen.

Der Schuldner kann zur Leistung teilweise ursprünglich unvermögend sein hinsichtlich des Erfüllungsortes, der Erfüllungszeit und des zu leistenden Gegenstandes. Auf die beiden letztgenannten Arten des teilweisen Unvermögens soll des näheren eingegangen werden.

1. Teilweises Unvermögen hinsichtlich der Zeit.

Voraussetzung für teilweises ursprüngliches Unvermögen des Schuldners hinsichtlich der Zeit ist, daß das Unvermögen nur ein zeitweiliges ist, und daß die genaue Einhaltung der Erfüllungszeit weder tatsächlich, noch vereinbarungsgemäß wesentliches Moment des Leistungsinhaltes ist.[66]

Die Folge des teilweisen ursprünglichen Unvermögens hinsichtlich der Erfüllungszeit ist, daß der

66) Vgl. S. 15 f.

Schuldner auf eventuelle Mahnung des Gläubigers hin in Verzug gerät.

Der Schuldner hat also gemäß BGB. § 286 Abs. 1 den dem Gläubiger durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen; bei einer Geldschuld jedenfalls mindestens 4 % vom Tage des Verzuges an, wobei Geltendmachung höheren Schadens nicht ausgeschlossen ist; BGB. § 288. Ferner tritt sogenannte perpetuatio obligationis ein, d. h. der Schuldner haftet auch für zufälliges Unmöglichwerden der Leistung[67] während des Verzuges, es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde. Für letzteres trifft den Schuldner die Beweislast.

Selbstverständlich ist es dem Gläubiger unbenommen, neben den ihm aus dem Verzuge entstehenden Rechten auch seinen Anspruch auf Erfüllung geltend zu machen. Ist der Schuldner zur Erfüllung rechtskräftig verurteilt, so kann der Gläubiger ihm gemäß BGB. § 283 Abs. 1 eine angemessene Frist mit der bekannten Drohung stellen oder sie im Urteile selbst gemäß CPO. § 255 Abs. 1 stellen lassen.

Da das teilweise Unvermögen hinsichtlich der Zeit zur Voraussetzung hat, daß der Schuldner nur zeitweilig,

67) Wird die Leistung, zu deren Erfüllung der Schuldner ursprünglich unvermögend ist, nach Vertragsschluß, aber bevor der Schuldner in Verzug geraten ist, zufällig unmöglich, so wird der Schuldner gemäß BGB. § 275 Abs. 1 befreit. Denn da, wie die Motive Bd. II S. 45 sagen, „ein solches subjektives Unvermögen weder als ein bei der Entstehung des Schuldverhältnisses vorhandenes, noch .... von Einfluß auf die Verbindlichkeit des Schuldners ist.“ so müssen die in Frage stehenden Verträge wie die anderen, deren Erfüllung möglich ist, behandelt werden. Dementsprechend sind hier die Bestimmungen für die nachfolgende Unmöglichkeit anzuwenden.

d. h. „für eine hinsichtlich der Dauer des konkreten Schuldverhältnisses nicht unangemessene Zeit“[68] an der Erfüllung verhindert ist, so muß eine angemessene Frist bis zu dem Zeitpunkte laufen, in welchem das zeitweilige Unvermögen nicht mehr besteht. Leistet der Schuldner, trotzdem ihm eine angemessene Frist gestellt ist, bis zum Ablaufe derselben nicht, so steht dem Gläubiger ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gegen ihn zu. Indessen ist dieser Anspruch nicht mehr eine Folge des Nichterfüllenkönnens, sondern des Nichterfüllenwollens des Schuldners.[69]

Da der Anspruch des Gläubigers auf Erfüllung mit fruchtlosem Ablaufe der gemäß BGB. § 283 Abs. 1 gestellten Frist ausgeschlossen ist, so gerät der Gläubiger durch die Fristsetzung insofern in Abhängigkeit von dem Schuldner, als es dann in dessen freiem Ermessen steht, zu erfüllen oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu zahlen. Zieht also der Gläubiger bei Vorliegen von teilweisem ursprünglichen Unvermögen hinsichtlich der Zeit die Erfüllung dem Schadensersatze wegen Nichterfüllung vor, so ist es für ihn am vorteilhaftesten, ruhig mit dem auf Erfüllung lautenden Urteile zu warten, bis der Schuldner zur Leistung vermögend ist, um dann eventuell mit Zwangsvollstreckung vorzugehen.

Keine Anwendung findet hier, wo es sich um das teilweise Unvermögen handelt, BGB. § 286 Abs. 2. Denn selbst wenn in den Fällen des genannten Para-

68) Kleineidam I S. 26.

69) Besteht das Unvermögen bei Ablauf der Frist noch fort, so lag nur scheinbar zeitweiliges, in Wirklichkeit dauerndes, also totales Unvermögen vor. Der Gläubiger kann natürlich auch dann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

graphen ursprünglich die Erfüllungszeit kein wesentliches Moment des Leistungsinhaltes war, so tritt doch „dasselbe Verhältnis ein, wie wenn die Zeit von Anfang an einen wesentlichen Bestandteil der Leistung selbst gebildet hätte.“[70] Es könnte sich also hier stets nur um totales Unvermögen handeln.

Das eben Ausgeführte gilt auch für die gegenseitigen Verträge. Unterschiede ergeben sich lediglich aus den Bestimmungen des § 326 Abs. 1 des BGB. Zur Fristsetzung bedarf es nach diesen keines rechtskräftigen Urteils, sondern nur des Schuldnerverzuges des Unvermögenden. Nach fruchtlosem Ablaufe der angemessenen Frist hat der Gläubiger nebem dem Schadensersatzanspruche wahlweise ein Rücktrittsrecht — als Folgen des Nichterfüllenwollens des Schuldners.

Keine Anwendung findet der § 326 Abs. 2 des BGB. aus dem oben gegen die Anwendung des § 286 Abs. 2 angegebenen Grunde.

2. Teilweises Unvermögen hinsichtlich des Gegenstandes.

Es ist zu unterscheiden teilweises ursprüngliches Unvermögen hinsichtlich der Qualität und hinsichtlich der Quantität des zu leistenden Gegenstandes.

Teilweises Unvermögen hinsichtlich der Qualität des zu leistenden Gegenstandes setzt voraus, daß der Qualitätsunterschied zwischen dem zu leistenden und dem geleisteten Gegenstande unwesentlich ist.[71] [72] Außerdem

70) Planck Bd. II S. 64 Anm. 2 zu BGB. § 286.

71) Vgl. S. 15 f.

72) In folgenden beschränke ich meine Ausführungen bezüglich mangelhafter Leistungen auf die Fälle, in denen der Leistungsgegenstand eine Sache ist.

ist aber noch hervorzuheben, daß es sich hier stets nur um generell bestimmte Sachen handeln kann; denn Qualitätsmängel begründen bei einer Spezies stets Unmöglichkeit der Leistung,[73] wenn auch eventuell nur eine teilweise.

Voraussetzung für teilweises Unvermögen hinsichtlich der Quantität der Leistung ist einerseits das Bestehen einer einheitlichen Verpflichtung des Schuldners, andererseits Teilbarkeit der Leistung; außerdem noch Unwesentlichkeit des Unvermögens hinsichtlich der Quantität der Leistung für das konkrete Schuldverhältnis.[74]

Bezüglich der Haftung für beide Unterarten des Unvermögens gelten folgende Grundsätze:

Da ursprüngliches Unvermögen auf den Inhalt des Vertrages ohne Einfluß ist, so ist der Schuldner zur vertragsmäßigen Leistung verpflichtet. Bietet nun der Schuldner infolge des teilweisen Unvermögens dem Gläubiger nur eine Teilleistung, d. h. eine quantitativ teilweise Leistung an, so ist der letztere gemäß BGB. § 266 berechtigt, die Annahme abzulehnen[75] und vollständige Erfüllung zu verlangen. Es greifen dann die Grundsätze für das totale ursprüngliche Unvermögen Platz.

Dasselbe Recht steht dem Gläubiger auch bei quantitativ teilweisem ursprünglichen Unvermögen des Schuldners zu. Da, wie oben bereits hervorgehoben worden ist, die zu leistende Sache in den hier zu

73) Vgl. S. 25.

74) Vgl. S. 14 f.

75) Ausnahmen, in denen der Schuldner kraft Gesetzes zu Teilleistungen berechtigt ist, sind hier nicht zu erörtern; vgl. Neumann Bd. I S. 225 f. in Anm. zu § 266.

behandelnden Fällen nur generell bestimmt sein darf, so hat der Schuldner aus dem durch den Vertrag bezeichneten Genus eine Sache mittlerer Art und Güte zu leisten; BGB. § 243 Abs. 1. Ist nun infolge des Unvermögens des Schuldners die als Erfüllung angebotene Sache dieser Bestimmung gegenüber als mangelhaft zu bezeichnen, so tritt, da der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche nicht getan hat — BGB. § 243 Abs. 2 —, keine Konzentration der Gattungsschuld ein. Der Gläubiger kann infolgedessen die Annahme der mangelhaften Sache als einer ihm nicht geschuldeten ablehnen und Erfüllung mit einer geeigneten Sache aus dem Genus verlangen.[76]

Die Ablehnung sowohl der unvollständigen, wie der mangelhaften Leistung ist indessen ausnahmsweise unzulässig, wenn sie gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Ich verweise in Kürze vergleichsweise auf die Bestimmungen der §§ 320 Abs. 2, 459 Abs. 1 S. 2 des BGB.

Hat der Gläubiger die teilweise Erfüllung angenommen, so ist zu unterscheiden, ob er bei der Annahme wußte, daß die Leistung unvollständig resp. mangelhaft war, oder nicht. Nahm der Gläubiger eine Leistung in Kenntnis von ihrer Unvollständigkeit an, so bleibt ihm der Schuldner trotzdem auf die Leistung des Restes verhaftet, es sei denn, daß der Gläubiger die Teilleistung ausdrücklich an Erfüllungsstatt angenommen hätte. Die Restleistung ist nunmehr als selbständige Leistung zu behandeln, zu deren Erfüllung der Schuldner total ursprünglich unvermögend ist.

Im Gegensatze hierzu steht dem Gläubiger, der eine

76) Vgl. Crome Bd. II § 147 S. 48.

mangelhafte Leistung annimmt, kein weiterer Anspruch gegenüber dem Schuldner zu; vgl. BGB. § 464.

Wußte dagegen der Gläubiger nicht, daß die angenommene Leistung unvollständig oder mangelhaft war, so kann er trotz erfolgter Annahme gehörige Erfüllung von dem Schuldner verlangen, muß aber die teilweise Erfüllung zurückgewähren.[77]

Besonderer Erwähnung bedarf noch der Fall, daß der Schuldner, nachdem der Gläubiger ein rechtskräftiges Urteil erworben und ihm eine Frist zur Erfüllung gestellt hat, innerhalb derselben, weil er teilweise zur Leistung ursprünglich unvermögend ist, nur teilweise Erfüllung angeboten hat. Auch in diesem Stadium des Verfahrens ist der Gläubiger zur Ablehnung berechtigt. Hat er aber angenommen, so steht ihm — dies folgt aus den §§ 283 Abs. 2 und 280 Abs. 2 des BGB — das Recht zu, für das Nichtgeleistete Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach Ablauf der Frist zu verlangen. Dies gilt sowohl für das quantitativ, wie für das qualitativ teilweise Unvermögen.[78]

Die Bestimmung des § 280 Abs. 3 des BGB., daß der Gläubiger, der während der gemäß § 283 Abs. 1 a. a. O. gesetzten Frist teilweise Erfüllung angenommen hat, die teilweise Leistung nach Grundsätzen vom vertragsmäßigen Rücktrittsrechte zurückgewähren und Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen kann, findet, da es sich hier um teilweises Unvermögen handelt, keine Anwendung. Denn für die Ausübung dieses

77) Bezüglich der Beweislast BGB. § 363.

78) Vgl. Schollmeyer II Anm. 4 b zu BGB. § 280 S. 109; Crome Bd. II § 158 S. 124.

Rechtes bildet der Nachweis, daß die teilweise Erfüllung kein Interesse für den Gläubiger hat, daß also gehörige Erfüllung wesentlich ist, die Voraussetzung. Gelingt dem Gläubiger dieser Beweis, so ergibt sich hieraus, daß nicht teilweises, sondern totales Unvermögen vorliegt.

Bei den gegenseitigen Verträgen sind folgende Besonderheiten zu bemerken.

Die teilweise Erfüllung seitens des Unvermögenden kann der Gegner, gleichgültig ob er selbst bereits geleistet hat oder nicht, ablehnen und Erfüllung verlangen.

Der Vermögende kann aber auch die Leistung annehmen. Hat der teilweise Unvermögende vorzuleisten, oder ist Zug um Zug zu erfüllen, so kann der Vermögende trotz der Annahme der teilweisen Erfüllung seine Gegenleistung bis zur Bewirkung der gehörigen Leistung vollständig verweigern. Die Ausübung dieses Verweigerungsrechtes ist jedoch im konkreten Falle ausgeschlossen, wenn sie nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles gegen Treu und Glauben verstoßen würde.[79]

Hat der Vermögende dagegen von dem Verweigerungsrechte keinen Gebrauch gemacht, oder hat er vorgeleistet und die teilweise Erfüllung des Unvermögenden angenommen, so stehen ihm folgende Rechte zu: Gegenüber der quantitativ teilweisen Leistung kann er in jedem Falle Bewirkung der rückständigen Teilleistung

79) Auch diese Bestimmung des § 320 Abs. 2 des BGB. bezieht sich sowohl auf unvollständige, wie auf mangelhafte Leistungen. Vgl. Motive Bd II S. 202 f.; Planck Bd. II S. 93 Anm. 4 zu BGB. § 320; Schollmeyer II Anm. 3 zu BGB. § 320 S. 189 f.; Neumann Anm. 3 zu BGB. § 320 S. 255.

verlangen. Ist die Leistung mangelhaft, so stehen dem Vermögenden, der sie in Kenntnis ihrer Mängel annahm, keine weiteren Ansprüche wegen der Mängel gegenüber dem Unvermögenden zu; vgl. BGB. § 464.

Wußte dagegen der Vermögende bei Annahme der angebotenen Leistung nicht, daß sie unvollständig oder mangelhaft war, so kann er die teilweise Leistung zurückgewähren und gehörige Leistung verlangen. War die Leistung mangelhaft, so kann er sich auch auf den Standpunkt stellen, als sei Konzentration eingetreten und ihm nur diese Sache individuell geschuldet. Es stehen dann dem Vermögenden die bei den einzelnen Schuldverhältnissen besonders geregelten, sogenannten Gewährleistungsansprüche zu; vgl. §§ 480, 491, 493, 515 u. s. w. des BGB.[80]

Hat der Vermögende die teilweise Erfüllung abgelehnt, auf Erfüllung geklagt und nach Erlangung eines rechtskräftigen Urteils gemäß § 283 Abs. 1 dem Gegner die bekannte Frist gesetzt, der letztere aber, weil er teilweise unvermögend ist, innerhalb der Frist nur teilweise geleistet, so finden gemäß BGB. § 325 Abs. 2 folgende Bestimmungen Anwendung:[81]

Der Vermögende kann, da in den hier fraglichen Fällen die teilweise Erfüllung für ihn des Interesses nicht entbehrt,[82] Schadensersatz wegen teilweiser Nicht-

80) Vgl. Crome Bd. II § 169 I 2 b S. 173 und § 147 S. 48 f.; Rehbein Bd. II Anm. 18 zu § 243 S. 31 f.

81) Das gleiche gilt, wenn der Vermögende unter Ablehnung der teilweisen Erfüllung den Gegner in Verzug gesetzt und ihm eine Nachfrist entsprechend BGB. § 326 Abs. 1 gesetzt hat.

82) Vgl. S. 76 f.

erfüllung verlangen oder teilweise vom Vertrage zurücktreten.[83]

Anstatt dessen kann er aber auch Minderung seiner Gegenleistung nach den bei dem Kaufe — BGB. § 472, § 473 — maßgebenden Grundsätzen verlangen; BGB. § 325 Abs. 1 S. 3, § 323 Abs. 1 S. 2 Hat der Vermögende hierbei seinerseits schon geleistet, so ist er auf Rückforderung des nicht Geschuldeten nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung angewiesen; BGB. § 323, Abs. 3 §§ 812 f.

83) Das teilweise Rücktrittsrecht vertreten: Matthiaß Bd. I § 86 C 3 S. 393; Rehbein Bd. II Anm. 25 zu BGB. § 325 S. 192 f.; Scholkmeyer II Anm. 7 c zu BGB. § 325 S. 209; Stammler S 131.

Zum Schlusse ist noch zu bemerken, daß die vorstehend dargelegten Grundsätze auf die im 7. Abschnitte des Rechtes der Schuldverhältnisse des BGB. besonders geregelten Verträge nur insoweit Anwendung finden, als nicht dort Spezialbestimmungen, die selbstverständlich den allgemeinen Vorschriften vorgehen, unter Berücksichtigung der Eigenart der einzelnen Schuldverhältnisse gegeben sind. Die Einzelheiten derselben zu erörtern würde hier zu weit führen.